

LA

Responsabilité du Commettant

A raison des faits de ses préposés

ÉTUDE DU DROIT FRANÇAIS COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le vendredi 15 Mars 1929, à 2 heures

PAR

Mohamed Hilmy BAHGAT

JURY

Président : M. LEVY-ULLMANN, *professeur.*

Suffragants { MM. BARTIN, *professeur.*
WAHL, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1929

LA
RESPONSABILITÉ DU COMMETTANT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.**

LA

Responsabilité du Commettant

A raison des faits de ses préposés

ÉTUDE DU DROIT FRANÇAIS COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le vendredi 15 Mars 1929, à 2 heures

PAR

Mohamed Hilmy BAHGAT

JURY

Président : M. LEVY-ULLMANN, professeur.

*Suffragants { MM. BARTIN, professeur.
WAHL, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Maresq et C^{ie} et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1929



INTRODUCTION

I

Avant-propos

La responsabilité des maîtres et commettants à raison des faits de leurs domestiques et préposés est, parmi celles qu'énonce l'article 1384, la seule responsabilité du fait d'autrui. La faculté de se disculper que donne l'alinéa 5 de cet article aux pères, mères, instituteurs et artisans, en prouvant qu'ils n'ont pas manqué à leur devoir de surveillance, fait de la responsabilité que cet article met à leur charge, à raison des faits des enfants, élèves et apprentis, une responsabilité de leurs fautes propres.

La seule dérogation qu'apporte au droit commun l'article 1384 en ce qui concerne les personnes énumérées comme civilement responsables, autres que les maîtres et les commettants, est le renversement de la charge de preuve. La victime n'aura qu'à prouver la faute de l'auteur du dommage, elle engagera par cela seul la responsabilité de ceux qui doivent en répondre, et qui sont présumés en faute ; mais la preuve contraire étant admise, ces personnes ne se verront condamner, abstraction faite de la difficulté de la preuve qu'ils doivent administrer, que s'ils ont commis une faute personnelle.

Or, lorsqu'il s'agit de maîtres et de commettants, la solution n'est pas la même. Ceux-ci ne pourront se disculper, une fois

prouvée la faute de fonction de leurs domestiques et préposés, la présomption mise à leur charge étant irréfragable. C'est là une véritable responsabilité du fait d'autrui exorbitante du droit commun.

Il s'agit de savoir s'il y a des raisons d'ordre public qui justifient cette dérogation unique à la règle traditionnelle de la personnalité de la faute, et si raisons il y a, jusqu'à quel point on doit étendre cette dérogation. L'état actuel de notre société ne laisse pas de doute sur la nécessité de principe de cette dérogation ; le développement moderne des activités collectives et le risque que le déploiement de ces activités peut créer pour les tiers est indéniable. D'autre part, l'état d'insolvabilité des personnes qui travaillent pour le compte d'autrui et dont ils dépendent, soit physiquement soit économiquement, place les victimes de leurs fautes dans une situation qui choque toutes les idées de justice et d'équité, et qui justifie la juxtaposition des personnes solvables à côté des auteurs des délits pour en répondre civilement.

Ces raisons d'ordre public sont dictées par le sens moral lui-même, mais on pourra se demander s'ils n'existent pas, chaque fois qu'une personne travaille pour le compte d'une autre, et nous allons plus loin : chaque fois qu'une personne en état de médiocrité économique qui ne présente pas une garantie pécuniaire aux victimes, effectue un travail pour une autre personne qui elle, généralement, présente ce caractère de solvabilité.

Le droit français a donné à cette question une solution globale qui laisse croire que ces raisons d'ordre public existent chaque fois que cette situation se présente ; solution qui, bien qu'elle date d'un siècle, satisfait admirablement, même de nos jours, les besoins de la pratique et qui n'étonne pas de la part

des rédacteurs du Code civil français dont le sens pratique était de tout premier ordre.

Mais on ne peut pas se dissimuler qu'une solution si générale, malgré ses avantages pratiques, peut donner des résultats parfois injustes.

Un dosage technique bien nuancé, qui aurait pour base et la règle morale et la réparation des risques dont une partie de la société souffre à raison de l'activité par trop entreprenante d'une autre partie, pourrait fournir des solutions en même temps équitables et judicieuses, à la fois morales et socialement utiles. Il est vrai que ce dosage peut être délicat non seulement dans ses détails de réglementation, mais aussi dans sa position même.

Nous ne prétendons pas l'apporter nous-même, nous le puiserons dans le droit allemand (nous avons dit *droit* allemand, parce que le *Code* civil allemand donne une solution qui par elle-même ne serait que trop insuffisante, et qui ne refléterait pas le progrès moderne, si elle n'était pas modifiée par des lois spéciales qui ont précédé la rédaction du Code civil, qui remontent même à 1838, mais qui sont encore en vigueur).

Dans le domaine du droit français positif, plusieurs questions suscitent des difficultés : d'abord, celle de la détermination du rapport de préposition, qui est la première condition pour l'application de l'article 1384, alinéa 3. Cette détermination se rattache très étroitement au fondement de la responsabilité du commettant ; c'est pourquoi nous traitons les deux problèmes dans la même partie.

Nous nous efforcerons, par une analyse assez détaillée de la jurisprudence, de dégager un critérium qui subira au fur et à mesure de cette étude des délimitations et des mises au point indispensables. Nous ne prétendons pas y apporter des

idées nouvelles ; notre tâche se bornera à éclaircir un critérium que nous dégageons de la jurisprudence elle-même. Nous nous estimerons très heureux, si ce portrait n'est pas trop dissemblant.

Une autre question, qui n'est pas moins importante, est celle de la détermination de la notion de fonction, à propos de laquelle la jurisprudence se laisse entraîner à une interprétation extensive, où elle se montre très rigoureuse contre les personnes qui doivent répondre des faits des autres. Nous aurons l'occasion de démontrer dans la partie que nous consacrons aux législations étrangères, comment la jurisprudence anglaise fixe des limites en même temps souples et équitables à la notion de fonction, et cela d'une manière qui, à plusieurs points de vue, présente cette notion sous un angle plus étroit que celui sous lequel elle est conçue par la jurisprudence française, mais qui est peut-être l'interprétation la plus heureuse des mots « dans les fonctions auxquelles ils sont employés » employés par l'article 1384, alinéa 3, *in fine*.

Nous écartons de notre sujet la question de l'Etat ainsi que celle des autres personnes administratives envisagés comme commettants, car agir autrement nous entraînerait trop loin, surtout en ce qui concerne la notion de fonction, matière purement administrative et qui mérite de faire l'objet d'études particulières.

Mais nous avons jugé opportun de traiter la question de la responsabilité contractuelle d'une personne à raison du fait d'autrui, c'est-à-dire, la responsabilité du débiteur pour les faits de ses auxiliaires qui ont entraîné l'inexécution de son obligation. Etant dans le domaine délictuel, nous n'aurions pas eu à traiter cette question de responsabilité contractuelle, s'il n'y

avait pas une certaine compénétration, admise par la jurisprudence, et condamnée par une bonne partie de la doctrine, en ce qui concerne la responsabilité des faits d'autrui, entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, ce qui complique de plus d'une manière la responsabilité du commettant. Nous donnerons à la fin de plusieurs chapitres un court exposé de cette responsabilité contractuelle, mais seulement dans la mesure nécessaire pour dégager la responsabilité délictuelle du commettant.

L'histoire de l'article 1384

§ 1^{er}. — *Le droit romain.*

Si l'on recherche les origines historiques de l'article 1382 du Code civil, on peut lui trouver un précurseur jusque dans le droit romain, dans la loi Aquilia, la première qui offre un essai de généralisation du système de la responsabilité civile. Mais il faut noter immédiatement que la portée de cette loi était limitée à des solutions d'espèces et n'envisageait qu'un nombre restreint de dommages.

Toutefois le génie constructeur des jurisconsultes romains a su donner à la loi Aquilia à travers les siècles un champ d'application que la science du préteur s'est efforcée d'agrandir et avec un tel succès qu'on pourrait affirmer, comme nous venons de le faire, sans trop craindre le reproche d'exagération, que l'article 1382 plonge ses racines dans le droit romain.

Il est vrai que la forme dans laquelle est rédigé l'article 1382 n'était pas connue des jurisconsultes romains car ceux-ci n'ont pas trouvé un texte bref et général, mettant à la charge de celui par la faute duquel un dommage est arrivé, l'obligation de le réparer. Mais cependant, par la souplesse de leur analyse et la largeur de leur interprétation, ils sont arrivés à envisager un nombre très étendu de délits et de quasi-délits.

Quant à l'article 1384, qui concerne la responsabilité des personnes dont on doit répondre ou des choses qu'on a sous sa garde, peut-on aussi lui assigner une origine romaine ? Il

semble vraiment difficile de l'affirmer, quelque complaisance qu'on y mette. Voyons cependant les cas qui pourraient permettre ce rapprochement.

Nous avons d'abord les actions noxales. On sait que lorsque l'esclave, qui n'a pas une personnalité juridique ni un bien propre, commet certains délits, la victime peut par l'action noxale demander au patron de l'esclave ou de payer l'amende à laquelle l'esclave est condamné, ou bien de l'abandonner à la victime. On peut voir là comme le simulacre d'une responsabilité des faits d'autrui, puisque le maître se verra obligé ou d'exécuter la condamnation qui a été infligée à l'esclave, ce qui serait une application pure et simple de l'article 1384, alinéa 3, ou d'abandonner son esclave à la victime, ce qui ne serait, malgré la forme archaïque dont elle se revêt, qu'une condamnation pécuniaire, puisque le maître serait privé d'un bien.

Mais, il y a dans les actions noxales un détail qui détruit ce simulacre de responsabilité des faits d'autrui. Si, en effet le maître refuse de payer l'amende, il ne sera obligé d'abandonner l'esclave qu'autant qu'il en est détenteur. Une fois qu'il a disposé de cet esclave par la vente ou autrement, il n'est plus tenu à rien. C'est contre le nouveau maître que la condamnation doit être prononcée. C'est comme une sorte de servitude qui suit l'esclave dans tout où il se trouve.

Mais il y a encore un autre détail qui doit nous arrêter. Le maître peut être condamné *in solidum* avec l'esclave au montant de l'amende s'il a commandé, *facilité ou laissé accomplir le délit qu'il pouvait empêcher* (1). « *Scientia... sic accipienda est si, cum prohibere posset, non prohibuit* (2). »

« Laisser accomplir » cela donne à réfléchir. Le maître par

(1) CUG, *Manuel des institutions des Romains*, p. 395 et SOURDAT, *Traité de la Responsabilité*, t. II, p. 7.

(2) L. 3 et L. 4, princ. D. de Noxal. act.

conséquent avait le devoir de surveiller son esclave. Une responsabilité pareille, si on ne peut pas la rapprocher de la responsabilité de commettant, n'est autre chose qu'une responsabilité dans le genre de celle qui incombe au père et à la mère du fait de leurs enfants. Dans les deux cas, il y a une responsabilité basée sur la faute qui consiste dans le manque de surveillance.

Il y a encore une autre hypothèse qui doit nous retenir. C'est le cas de *l'effusus et dejectis*. C'est une action qui figure dans l'édit du préteur et qui est donnée contre le maître de l'appartement duquel on a jeté ou versé une chose qui a causé un tort à un passant. Le préteur a admis cette action contre le maître de l'appartement, même s'il n'est pas l'auteur du délit, à cause de la difficulté de la preuve à administrer pour désigner le vrai coupable. Il se peut bien, et c'est même le cas le plus fréquent, qu'il y ait eu plusieurs personnes soupçonnées. Quelle est la vraie coupable ? il n'est pas facile de l'établir. Alors on recourt à ce moyen de rendre le maître responsable dans tous les cas. S'il est le vrai coupable, ce ne sera qu'une responsabilité de faute personnelle. Si c'est un autre, n'est-ce pas un cas de responsabilité pour le fait d'autrui ? (1)

A côté de ces actions, on peut citer le cas de *receptum nautarum cauponum stabulariorum*. On donnait ce nom au contrat qui s'engage entre les clients d'une part et les voituriers ou les hôteliers d'autre part. Ce contrat imposait à ces deux derniers une obligation aggravée appelée *custodia*, qui est l'obligation de bien garder la chose à eux confiée. C'était une responsabilité dans le genre de celle du dépositaire, mais ils étaient tenus plus sévèrement que celui-ci, parce qu'ils étaient payés, tandis que le dépositaire s'obligeait sans rému-

(1) V. dans ce sens, SOURDAT, *op. cit.*, p. 87-88, *contra* TOULLIER, n° 231-233.

nération (1). Par le contrat de *receptum* les hôteliers et voituriers étaient tenus de la perte ou de la détérioration de la chose, quelle qu'en fut la cause, sauf le cas de force majeure. Cela revient à dire que si la chose était perdue sans leur faute, mais par celle d'un tiers, d'un esclave ou d'un employé, ils étaient tenus pour responsables.

Pourrait-on considérer la responsabilité résultant du contrat de *receptum* comme une responsabilité à raison des faits d'autrui dans le sens de l'article 1384 ? M. Planiol nous dit (2) : « C'est la première fois que la responsabilité du fait d'autrui s'introduit dans le droit, et elle s'y présente, comme on le voit, non pas isolément et pour elle-même, mais comme suite d'une obligation de surveillance contractée par quelqu'un qui a promis de garder et de rendre une chose déterminée. Le gardien de la chose, s'il ne peut la restituer, sera responsable, non seulement de son propre fait, mais du fait de certaines personnes qu'il aura choisies lui-même et qui se sont trouvées par son fait en position de commettre le larcin ou le dégât dont on se plaint. *Le motif de mauvais choix est très nettement donné par les textes.* » Et, en effet, on lit chez Ulpien et Gaïus au *Digeste* (3) : « *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint, sive servi, factum præstare : nec immerito factum eorum præstat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit.* » M. Planiol ajoute, avec raison, que la responsabilité du fait d'autrui est comprise comme étant en réalité une responsabilité du fait personnel, et qu'il n'est pas étonnant qu'on ne cite presque jamais les textes du droit civil sur la responsabilité des voituriers et des hôteliers (art. 1782 à 1784

(1) *Digeste*, livre IV, titre IX.

(2) *Revue Critique*, 1909, p. 287.

(3) *Digeste*, livre IV, titre IX, Fr. I. S. 3 *in fine* et F. 2.

et 1932-1934, C. civ.), qui sont basés sur ceux du droit romain, comme consacrant une responsabilité du fait d'autrui (1).

§ 2. — *L'ancien droit.*

Les actions noxales étant supprimées, la responsabilité du fait d'autrui paraît avoir disparu dans l'ancien droit. Mais Domat a introduit la responsabilité du locataire pour les faits de ses domestiques et ses sous-locataires, qu'il a assimilé à celle de l'hôtelier et du voiturier. Cette responsabilité n'existait pas en droit romain. Le locataire n'était tenu que *noxaliter* du fait de son esclave et n'encourait aucune responsabilité personnelle que s'il a lui-même commis une faute, par exemple en conservant chez lui des esclaves maladroits ou malfaisants.

Domat pour justifier cette responsabilité nous dit, « il ne semble pas que le locataire doive être déchargé de la faute de ses domestiques ou de ses sous-locataires, quand il n'y aurait point de sa faute dans le choix de ces personnes ; car, outre que l'événement fait voir qu'il avait mal choisi, il doit répondre du fait de ceux à qui il donne l'usage de la maison qui n'est confié qu'à lui ; et le fait de ces personnes devient le sien propre, à l'égard de celui qui lui a loué. Et que d'ailleurs, ou le sous-locataire est solvable pour répondre de l'incendie, et en ce cas le locataire est sans intérêt, ou il est insolvable, et en ce cas le locataire doit en répondre, car il n'a pas pu rendre plus mauvaise la condition du propriétaire, qui avait choisi un locataire solvable pour répondre de sa maison (2). »

M. Planiol critique l'idée de faute dans le choix par cet argument que si on présume cette faute, on doit donner au

(1) *Revue critique*, 1909, p. 287.

(2) *Loix civiles*, liv. I, t. IV, sect. II, n° 5.

locataire le droit de se disculper. L'argument donné par Domat et qui consiste à dire que l'événement a prouvé que le locataire a mal choisi, n'est pas fondé parce que le choix peut être funeste et malheureux, et pourtant ne pas être imprudent, ce qui est supposé la base d'un choix fautif (1).

Cette introduction du cas du locataire, par Domat et son assimilation par lui aux cas de l'hôtelier et du voiturier, a été le point de départ de tout le développement moderne de cette théorie, et la cause de cette rigueur contre le locataire.

Pothier, après Domat, a essayé d'expliquer cette rigueur contre les locataires (2), mais en donnant des raisons d'un ordre très différent. Écoutons Pothier :

« Cette distinction des jurisconsultes romains, si le locataire avait dû connaître ou non les mauvaises mœurs ou l'étourderie de ses esclaves ou de ses hôtes qui ont causé le dommage, était fort embarrassante dans la pratique. Notre jurisprudence, qui rend les locataires responsables indistinctement des fautes de leurs domestiques et de toutes les personnes qu'ils ont dans leur maison, est plus simple et bien meilleure

(1) *Revue critique*, 1909, p. 289.

(2) Avant de quitter ce sujet nous devons dire qu'en droit romain et dans l'ancien droit il y avait une responsabilité à raison des faits d'autrui, dans le cas de l'hôtelier et du voiturier, mais seulement lorsque se présentait l'hypothèse suivante : la chose a été volée ou détériorée par le fait d'un tiers étranger, c'est-à-dire d'un autre que les esclaves (en droit romain tout au moins) et les employés du voiturier et de l'hôtelier. En appliquant les principes généraux, la perte ou la détérioration de la chose doit être, dans ces circonstances, considérée comme un cas de force majeure, le fait d'un tiers étranger l'est toujours ; or le droit romain rend responsable les hôteliers et voituriers dans ces circonstances, ULPIN et GAIUS, au *Digeste*, liv. IV, tit. IX, Fr. 1, S. 8 *in fine* et Fr. 2, et ainsi par sa rigueur traditionnelle contre eux, il applique une véritable responsabilité délictuelle des faits d'autrui.

dans la pratique, elle oblige les locataires à veiller, avec tout le soin possible, sur leurs domestiques. Elle est quelquefois dure, car il peut arriver quelquefois qu'un maître, quelque vigilant qu'il soit sur la conduite de ses domestiques, n'ait pu prévoir, ni empêcher la faute de son domestique qui a causé le dommage ; et il faut avouer qu'il est dur, en ce cas de l'en rendre responsable. Mais cette jurisprudence qui, pour obliger les pères de familles à veiller avec tout le soin possible sur leurs domestiques, les rend responsables de leurs fautes, est nécessaire pour la conservation de la sûreté publique et cette considération doit l'emporter sur les inconvénients (1). »

Mais comment de ces cas spéciaux et même de ceux dans lesquels la responsabilité d'autrui ne paraît ni bien nette ni très précise, est sorti ce principe général du droit civil, de la responsabilité délictuelle du commettant à raison des faits de ses domestiques et préposés ? On verra, par la suite, que c'est toujours à Domat que revient la combinaison dont est sorti ce principe.

En droit romain, il existait des actions dites *exercitoria* et *institoria*, d'après lesquelles les effets des contrats conclus par le préposé mandataire le *magister navis*, étaient transmis dans la personne du mandant l'*exercitor navis*. Mais il n'y avait pas de liaison entre l'*exercitoria* et l'*institoria* d'une part et les obligations résultant du *receptum* des *nautæ* et *caupones* (les voituriers et les hôteliers) d'autre part. On traitait le *receptum* dans le livre IV du *Digeste* et l'*exercitoria* dans le livre XIV. Ulpien signalait même une distinction entre ces deux sortes d'obligations ; dans le cas de l'*exercitoria*, personne n'oblige l'armateur si ce n'est le *magister* par les contrats qu'il conclut d'après les instructions du premier. La représentation ne va

(1) POTHIER, *Traité du contrat de louage*, t. IV, pp. 70-71, n° 193.

pas au delà du *magister* (1). Mais dans le cas de *receptum*, l'armateur est responsable des faits de tout l'équipage, parce que « *qui nautas adhibet non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet* » nous dit Ulpien, et ainsi « *alia est contrahendi causa, alia delinquendi* » (2). On voit par là qu'on traitait la question de représentation à part, qu'on ne considérait pas que dans la responsabilité en cas de *receptum*, il y eut aucune représentation.

Domat aimait toujours systématiser et réunir les différentes dispositions et règles de droit, sous un principe unique. C'est ce qu'il a fait dans notre sujet. Dans ses *Loix civiles* (3), il voulait rapprocher toutes les règles qui concernent les personnes qui exercent « quelque commerce public » et qui emploient des préposés ; il pose ce principe d'après lequel *le seul fait de « præpositio », d'employer un auxiliaire, est une source de responsabilité*, et ainsi la responsabilité des hôteliers et voituriers n'en est qu'une application. C'est pourquoi quand il étudie la responsabilité de ces derniers, il nous donne des détails sur leur responsabilité à raison des faits de leurs domestiques et serviteurs, ne traitant qu'à peine leur responsabilité quand le délit est commis par un étranger. Dans le même livre, il nous parle de l'*exercitor* ; ici il ne s'appuie pas sur les effets des contrats conclus par le *magister*, mais au contraire sur les délits commis par lui. Il considère que les *excitores navis* « répondent également des faits, du vol, et des tromperies des personnes qu'ils ont préposées » (4).

Comme le dit M. Planiol (5), « le seul fait que ces trois

(1) Nous tenons à observer que c'est une obligation purement contractuelle.

(2) Fr. 1, S. 2, *Digeste, De exercitoria actione*, livre XIV, titre I.

(3) *Loix civiles*, livre XVI, titre I.

(4) *Ibid.*, sect. III, n° 1 *in fine*.

(5) *Op. cit.*, p. 292.

situations de l'hôtelier, du voiturier et du préposant en général, sont exposées à la suite l'une de l'autre, comme trois applications *d'un même principe*, a amené une sorte de soudure entre deux causes de responsabilité jusque là distinctes, et c'est de là qu'est sortie notre conception moderne de la responsabilité du fait d'autrui imposé au commettant ».

On peut en voir une preuve dans ce fait que Bourjon en 1747 écrivait : « les voituriers sont responsables du fait de leurs préposés, ces préposés ne faisant que les représenter » (1). Ainsi la représentation dont on ne parlait qu'à propos de l'*exercitor* est désormais employée comme motif pour la responsabilité du voiturier. La jurisprudence du Châtelet, comme nous le dit Bourjon (2), a considéré le maître d'une voiture comme garant du fait de son cocher, s'il blesse quelqu'un, et Bourjon remarque que ce n'est qu'une application du droit commun !

Tous ces précédents étaient suffisants pour que quelques années plus tard Pothier puisse écrire avec la sûreté et l'indifférence qu'il pouvait employer pour parler d'un système très ancien et basé sur les règles du droit commun et d'équité, « on rend aussi les maîtres responsables du tort causé par les délits et quasi-délits de leurs serviteurs ou ouvriers, qu'ils emploient à quelque service... ce qui a été établi pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques » (3) ; et le Code civil n'a fait que suivre, dans sa rédaction, l'idée de Pothier (4).

(1) *Droit commun de la France*, livre VI, titre III, ch. I^{er}, n° 3.

(2) *Ibid.*, ch. VII, n° 7.

(3) T. II, p. 59, n° 121.

(4) L'art. 1384, al. 3 du Code civil français a été reproduit par l'art. 214, Code civil mixte égyptien, ainsi que par l'art. 152 du Code civil indigène. « Le maître est également responsable du dommage causé par ses serviteurs, quand ce dommage a été causé par eux en exerçant leurs fonctions. »

Il y a pourtant une remarque qui s'impose. C'est que, dans les textes du droit romain relatif à une responsabilité qui présentait quelque similitude avec une responsabilité du fait d'autrui, tout au moins dans quelques cas spéciaux, ainsi que dans les passages de Domat, une confusion existait toujours entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle à raison des faits d'autrui. A ces diverses époques, la distinction moderne de ces deux sortes d'obligations n'apparaissait pas encore. C'est à peine si, dans l'œuvre de Pothier et peut-être quelque temps auparavant sous la plume de Bourjon, on trouve une formule qui par soi-même ne permette plus de confondre la responsabilité contractuelle et délictuelle du maître. Et encore peut-on bien affirmer que dans l'esprit de ces derniers jurisconsultes, il n'existait pas une confusion entre ces deux sortes de responsabilité ? Nous ne le croyons pas, car s'il en avait été autrement, ils auraient été amenés à des développements susceptibles de dissiper toute confusion. Et cela est d'autant plus certain qu'une distinction entre ces deux sortes de responsabilité en ce qui concerne le maître est une chose très délicate à établir comme nous le verrons plus loin. Le seul fait qu'ils n'ont pas parlé de la question prouve qu'ils ne se rendaient pas compte de la confusion possible et même probable. La distinction dont nous parlons, est si délicate, que la jurisprudence contemporaine est maintes fois tombée dans des confusions frappantes (1).

Nous aurons l'occasion dans la première partie de cette étude, en traitant la responsabilité contractuelle des maîtres et commettants, de dégager les principes nécessaires de discrimination et de démarcation.

(1) V. Lyon, 21 janv. 1887, S. 87. 2. 104; Cass. réq. 22 juillet 1891, S. 92. 1. 569; Paris, 16 juin 1895, S. 96. 2. 208; Paris, 8 février 1896, S. 99. 2. 275 et BARTIN sur AUBRY et RAU, t. 6, p. 154, n° 2 bis.

PREMIÈRE PARTIE

LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DU COMMETTANT ET LA NOTION DU PRÉPOSÉ

PREMIÈRE PARTIE

Le fondement de la responsabilité du commettant et la notion du préposé

CHAPITRE I

Le fondement de la responsabilité

SECTION I^{re}. — *Les théories qui expliquent le fondement
de la responsabilité en général.*

Avant d'aborder la discussion du fondement de la responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés, il convient d'exposer les théories qui ont tenté d'expliquer le fondement de la responsabilité en général, c'est-à-dire de la responsabilité des faits personnels.

Nous savons qu'en droit romain l'idée conductrice était qu'il n'y a pas de responsabilité sans faute, et que dans certains cas, cette faute peut être des plus légères. C'est une application de ce principe que nous trouvons dans l'adage « *In lege aquilia et levissima culpa venit.* »

Cette idée dominante de la faute comme base de la responsabilité a survécu à travers les siècles et s'est retrouvée dans l'article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque... oblige

celui *par la faute* duquel... » D'ailleurs les travaux préparatoires sont très instructifs sur ce point (1), et il en résulte sans conteste que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu ici déroger aux principes du droit romain. Cette faute est appréciée subjectivement, mais toutefois d'après un type idéal et abstrait et c'est là un des côtés originaux de la théorie traditionnelle.

Notons aussi que si le juge n'a pas la complète liberté d'appréciation, il en a une large part qui lui permet de déterminer les faits qui constituent la faute.

Les adversaires de la théorie de la faute ont dirigé contre elle notamment trois critiques, en s'attaquant au fond même de la théorie, et par conséquent en négligeant d'invoquer les nécessités sociales nées de la différence des temps qui nous séparent des romains et même des rédacteurs du Code civil. Ces trois critiques peuvent à leurs yeux suffire par elles-mêmes à rejeter la théorie de la faute.

Tout d'abord — et c'est la première critique — dans la théorie de la faute appliquée au domaine civil, la réparation est fixée d'après le dommage lui-même et non pas d'après le degré de culpabilité (intention, imprudence lourde ou légère). Il est vrai qu'il faut voir là une conséquence directe du transfert de la faute dans le domaine civil, loin de l'idée de peine. Mais cela ne laisse pas d'être illogique dans un système dit subjectif.

Cette critique paraît si probante à certains partisans de la théorie de la faute qu'ils en admettent le bien-fondé et que, par voie de conséquence, ils proposent l'application de nuances dans la réparation, selon le degré de culpabilité (2).

(1) FENET, t. XIII, p. 474.

(2) WILLEMS, *Revue générale du droit*, 1895, p. 128; SOURDAT, *Traité de la responsabilité*, t. I, p. 659; IHERING, *De la faute en droit privé*, p. 61.

Une deuxième critique, exposée par M. Saleilles, consiste à dire que dans l'application de la faute on considère comme telles des actes qui ne sont blâmables que très légèrement, des actes qu'on commet tous les jours et qui entrent dans le domaine de la faute par cela même qu'ils causent des dommages. On peut dire qu'avec cette interprétation on punit la malchance (1). Un arrêt de la Haute Cour de Munich est allé jusqu'à admettre que le fait d'employer des wagons constitue une faute.

Les partisans de la faute répondent que si on considère ces faits comme une faute, c'est que la situation de la victime dans des cas analogues est très digne d'intérêt. N'est-il pas curieux de relever cette réponse chez Bertrand de Greuille dans son rapport au Tribunat (2). « On pourrait au premier aspect se demander si cette conséquence n'est pas trop exagérée, et s'il n'y a pas quelque injustice à punir un homme pour une action qui participe uniquement de la faiblesse ou du malheur, et à laquelle son cœur et son intention sont absolument étrangers. La réponse à cette objection se trouve dans ce grand principe d'ordre public ; c'est que la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Partout où elle aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer ; et si elle trouve en lui de la légèreté, de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il fait. Tout ce qu'il a le droit d'exiger, c'est qu'on ne sévisse pas contre sa personne, c'est qu'on lui conserve l'honneur, parce que les condamnations pénales ne peuvent atteindre que le crime, et qu'il en peut exister que là où l'intention de nuire est établie

(1) V. SALLEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, n° 4.

(2) FENET, t. XIII, p. 474.

et reconnue. Mais ce n'est pas trop exiger de lui que de l'astreindre à quelques sacrifices pécuniaires pour l'entière indemnité de ce qu'il a fait souffrir par son peu de prudence ou son inattention. C'est dans ce défaut de vigilance sur lui-même qu'existe la faute. »

La troisième critique, celle qui, d'après nous, atteint le fond même de la théorie subjective, concerne le critérium de la faute. Nous avons déjà dit que la mesure de la faute est, selon la tradition que nous avons héritée du droit romain, prise d'après le type de l'homme prudent vu abstraitement comme un idéal. Pour appliquer la théorie traditionnelle subjective, on aurait pu juger le fait d'après la personne coupable, en l'envisageant en particulier, « en scrutant son caractère, ses habitudes et son état d'esprit au moment précis de l'acte. On aurait dû faire, dans chaque espèce, une appréciation de la conduite de l'auteur, appréciation parfaitement spécialisée quant à sa personne et quant aux circonstances extérieures. Cette méthode eut été certes la plus logique (1). »

Mais cette manière d'entendre la théorie subjective est repoussée par la plupart des auteurs pour cette raison qu'on doit établir une règle juridique fixe et claire et qui ne dépende pas de la personnalité plus ou moins prudente du coupable.

Les critiques de la théorie subjective répondent en disant que la création de ce type de père de famille ne supprimera pas l'indécision qui aurait existé si on estimait la faute d'après la personne du coupable. L'indécision survivra selon la façon de voir plus ou moins spéciale des juges, d'après les nécessités sociales qui pressent de temps en temps. « Chacun d'eux (les juges) restera libre de glisser sous ces mots la conception qu'il lui plaira, celle qui lui sera dictée par sa

(1) TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, thèse, Aix, 1901, pp. 35 et suiv.

propre tournure d'esprit, par les courants d'opinion publique, par les nécessités pratiques, par les circonstances mêmes de la cause qui rendront la victime plus ou moins intéressante et la condamnation plus ou moins urgente (1). »

Les partisans de la théorie subjective, pour repousser ces critiques, ont essayé de donner à la notion de la faute une physionomie nette et juridique qui permettrait au juge une appréciation ferme et objective (2).

Nous n'entrerons pas dans le détail de chacun de ces systèmes qui ne sont que des aspects plus ou moins ingénieux de la théorie traditionnelle de la faute, avec le critérium du type du bon père de famille. Il est d'ailleurs très douteux que ces systèmes nous apportent des précisions nouvelles.

Nous pensons en effet que la théorie traditionnelle peut se défendre sans qu'il soit nécessaire de recourir aux précisions que les juristes offrent aux hésitations de la jurisprudence. La nécessité de ces précisions reste même très discutable.

En tous cas, la faute qui a survécu pendant de longs siècles n'est pas sur le point de mourir : elle reste encore et restera longtemps la base de la responsabilité délictuelle. Elle résistera à toutes les attaques de ses adversaires et même aux coups du législateur qui a pu faire des brèches dans cet arbre séculaire mais ne pourra sans doute jamais l'abattre.

Si nous revenons à la première critique dressée contre la théorie de la faute, nous avons le droit de dire que l'objection présentée n'atteint pas le fond même de cette théorie. L'adaptation de la réparation, d'après le degré de culpabilité, peut

(1) TEISSEIRE, *op. cit.*, pp. 35 et suiv.

(2) V. les systèmes de M. PLANTOL, *Revue critique*, 1903, p. 277, et note au D. P. 96. 2. 457 et le système de M. Emmanuel LÉVY, *Revue trimestrielle du droit civil*, 1903, p. 96 et *Revue critique*, 1899, p. 361.

être admise sans que la physionomie de la faute subisse le moindre changement.

Que la théorie du risque ait évoqué et démontré l'équité de cette idée d'adaptation, cela est possible, mais il n'empêche que cette adaptation peut coexister avec la faute.

Quant à la seconde critique, présentée par M. Saleilles, on peut y répondre par l'argument suivant : le fait que les tribunaux prononcent des condamnations pour la réparation de dommages qui sont la suite d'une faute très légère (laquelle peut même se réduire à une simple malchance qui a engendré un dommage), ce fait ne prouve que la souplesse de la théorie de la faute.

A vrai dire, les tribunaux doivent suivre l'évolution de la vie sociale. Tel acte qui jadis n'était considéré que comme une légère méprise et ne comportait aucune conséquence peut aujourd'hui, dans le système très compliqué de la vie en société, devenir une faute très grave et entraîner des catastrophes. On pourrait dire que raisonner ainsi, c'est adopter la théorie du risque, mais cette objection ne tiendrait aucun compte de ce que la théorie du risque laisse de côté ; c'est-à-dire le côté moral que doit présenter toute sentence condamnant l'auteur d'un dommage à en réparer les suites (1).

Reste la troisième critique. A celle-là on peut répondre que la théorie du risque elle-même nous parle aussi d'un type idéal d'après lequel on doit agir. Ce n'est plus, il est vrai, le type de l'homme diligent que nous avons rencontré dans la théorie de la faute, c'est le type de l'homme d'affaires. Or si le premier type prête à indécision, le second n'y prêtera pas moins.

Il est temps maintenant de donner un exposé succinct de la théorie du risque. Cette théorie part de cette idée que la

(1) V. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 123.

faute ne doit pas exister en droit civil. Dans les législations anciennes, sous leurs formes antiques, la peine tenait la première place en droit à tel point que la réparation était presque escamotée. Dans cet état de chose, il fallait parler de la faute, parce que la justice humaine exige qu'on ne frappe pas quelqu'un d'une peine sans qu'il soit en situation de l'avoir méritée par sa faute.

Il va de soi que dans le droit pénal moderne, il y a lieu aussi de parler de la faute. Mais dans le droit civil moderne, avec le progrès social dont il est contemporain, le but poursuivi dans le chapitre des délits et quasi-délits n'est plus la peine, c'est la réparation, et c'est la seule notion qui, en droit civil, puisse vivre dans un siècle comme le nôtre. La faute a donc perdu définitivement son domaine en droit civil ; c'est l'exclusion de l'élément moral qu'est la culpabilité (1).

Mais alors, cet élément de culpabilité étant exclu, que reste-t-il pour baser la réparation ? C'est la causalité. Il suffit qu'on ait causé, en exerçant son activité, un dommage et que ce dommage soit commis *en dehors de l'exercice d'un droit positif*, pour qu'on soit responsable. Voici ce que dit M. Crémieu, un des partisans de cette théorie. « Il y a risque toutes les fois qu'un individu supporte définitivement les conséquences d'un préjudice, alors même qu'il n'a commis aucune faute, par le seul fait que ce préjudice est la conséquence du déploiement de son activité. Quiconque cherche à augmenter son bien-être ou à multiplier le nombre et la nature de ses jouissances en étendant la zone de son activité personnelle, s'expose à voir retomber sur lui toutes les conséquences de son action, tant les conséquences favorables (c'est le principe

(1) V. CROUZEL, *Bulletin de l'académie de Toulouse*, 1925, p. 55.

de l'enrichissement sans cause) que les conséquences défavorables (c'est là théorie du risque) (1). »

Ce n'est pas seulement sur une idée de justice (celle qui veut que chacun supporte les déboires de son activité comme il en retire les profits) que prétend se baser cette théorie, mais aussi sur une idée d'utilité sociale ; on doit réfréner l'exercice intéressé de la liberté qui agit sans aucune préoccupation de l'intérêt d'autrui.

M. Saleilles trouve que ce principe a tellement pénétré dans la vie moderne et qu'il y est devenu si indispensable que la jurisprudence (même avant la loi sociale du 9 avril 1898) l'a consacré à maintes reprises (2).

En apparence, c'est une théorie qui ne se soucie guère des éléments psychologiques puisqu'elle ne tient compte que de l'élément matériel de causalité. Mais un peu d'analyse nous montrera que la théorie n'est pas si objective qu'on pourrait le croire tout d'abord. En effet d'après sa terminologie même il y a le mot « créé » (3). La création du risque ne peut consister que dans un acte volontaire (4). C'est pour cela que le fou et l'enfant ne peuvent pas être considérés comme responsables, d'après la théorie du risque, des dommages causés par leurs activités, parce qu'ils ne peuvent pas créer le risque. L'acte volontaire ne peut pas exister chez un individu qui n'est pas en possession de sa volonté.

Chaque activité comporte un risque, ce risque est plus ou moins prévu par la personne dont émane l'activité. Quelquefois l'auteur de l'acte vise ce risque particulièrement et exerce cette activité ensuite pour l'atteindre : c'est l'acte intentionnel ;

(1) *Revue trimestrielle du droit civil*, 1910, p. 543.

(2) *Accidents de travail*, n° 1.

(3) « Le risque, a-t-on dit, doit être pour celui qui l'a créé. »

(4) Voir TEISSEIRE, *op. cit.*, p. 118.

quelquefois il prévoit ce risque mais sans le viser et cela comporte des degrés indéfinis. Le fait d'exercer cette activité après avoir prévu le risque est appelé par les auteurs, partisans de cette théorie : « approbation ou acceptation des risques ».

Donc, pour que la responsabilité existe, il faut ce calcul préalable ; quand je conduis ma voiture à grande vitesse j'ai dû calculer que je puis écraser un passant. J'ai certainement prévu les dommages que je pourrais causer, mais le seul fait d'y penser et d'agir quand même suffit pour constituer cette appropriation des risques ou ce que M. Saleilles appelle « l'adaptation de la volonté au dommage causé » (1).

Ce calcul importe non seulement pour l'existence de la responsabilité, mais aussi pour son étendue. Quand je conduis normalement ma voiture, je peux calculer que je peux écraser un passant ; il y a sûrement un risque que cet accident arrive, mais c'est un risque vague et général. Au contraire si je la conduis à grande allure, ce calcul devient ou au moins doit devenir plus clair et plus précis, le risque devient plus spécial. C'est de là que procède la théorie de M. Saleilles de la graduation des risques (2). M. Teisseire en donne un bon exposé que nous rapportons ici : « L'acte initial est-il très général, l'individu n'a-t-il pu prévoir que très vaguement les risques par une sorte de moyenne abstraite, en les évaluant à forfait, si un dommage arrive, on ne lui fera supporter que cette évaluation moyenne et forfaitaire. Au contraire, plus l'acte devient spécial, plus la prévision du dommage devient nette, plus ce dommage lui-même apparaît avec des contours définis et individualisés et plus la réparation devra s'approcher de l'individualisation parfaite et les réparations intégrales. On

(1) *Accidents de travail*, n° 59, p. 80.

(2) SALEILLES, *Accidents de travail*, p. 79, n°s 59 et suiv.

voit par là que dans cette théorie dite objective, il y a une recherche subjective et psychologique tant à l'existence qu'à l'étendue de la responsabilité (1). »

Mais ce calcul de l'adaptation de la volonté au dommage comment peut-on l'opérer ? Cherche-t-on à le déterminer d'après chaque activité et chaque personne ? Cherche-t-on si l'auteur a prévu ce risque ou non, ou si selon son habitude et d'après son degré de prudence il a dû le prévoir ? On nous dit que « cette enquête subjective sera tout à fait générale, toujours la même pour une personne normale » (2). C'est en vérité revenir au critérium traditionnel de l'homme prudent *in abstracto*. L'élément subjectif existe toujours, mais c'est un autre élément, sur lequel nous reviendrons, qui a été rejeté : l'élément moral.

Comment apparaît le rejet de cet élément moral ? Il faut pour cela et d'abord analyser psychologiquement le fait *fautif*. C'est l'acte qui cause un dommage. Tout dommage est toujours plus ou moins médité avant d'être créé. On agit, le dommage arrive. Est-ce que la théorie traditionnelle considère qu'il y a vraiment faute chaque fois que ce dommage arrive ? Non. Parce que tous les actes comportent des risques de causer un dommage ; l'acte de lever le bras aussi bien que l'acte d'employer une locomotive peuvent causer des dommages qui ont fait l'objet d'une délibération antérieure. Il y a un cas où la théorie traditionnelle et la théorie du risque nous donnent la même solution. C'est le cas du fait intentionnel pour lequel les deux théories exigent que la réparation soit intégrale quant au gain manqué et à la perte subie. Mais dès qu'on en sort, les solutions ne sont plus les mêmes. Dans le cas d'imprudence, c'est-à-dire dans le cas où la prévision de dommage

(1) TEISSEIRE, *op. cit.*, p. 118.

(2) TEISSEIRE, *op. cit.*, p. 119.

est très nette et où l'acte causant le dommage et créant le risque est spécial (c'est le cas de conduire une voiture à une grande vitesse), la théorie traditionnelle exige la réparation intégrale comme dans le cas du fait intentionnel, tandis que la théorie du risque veut que la réparation ne soit intégrale que pour la perte, et qu'elle reste forfaitaire quant au gain manqué. Quand on arrive au cas de l'acte général où la prévision est vague et flottante (le cas de conduire une voiture normalement), la théorie de la faute rompt la chaîne et jette cet acte hors du domaine de la responsabilité, tandis que la théorie du risque ne la rejette pas mais fait varier son étendue; dans ce cas la réparation sera forfaitaire pour le gain manqué et la perte subie.

Il y a même d'après les partisans de cette théorie une question d'équité à ne jamais supprimer la responsabilité tant que l'acte volontaire, le lien de causalité, et le dommage existent. C'est aussi une question d'équité de faire varier l'étendue de la responsabilité d'après le degré d'adaptation de la volonté au dommage; mais supprimer complètement la responsabilité dans la troisième hypothèse est une injustice.

Mais « pourquoi les auteurs traditionnels s'arrêtent-ils au milieu de la série? Pourquoi croient-ils légitime de dire à un moment donné : là commence la faute, là finit le risque, puisque toute faute non intentionnelle est mêlée de risque, puisque tout risque implique un certain degré de faute : avoir agi malgré la prévision d'un dommage ? C'est qu'un élément moral a compliqué le problème. C'est qu'il y a un moment où l'acte s'est assez spécialisé, où le risque est devenu assez certain pour qu'on ait eu tort d'agir quand même. A ce moment-là l'être idéal d'après lequel on juge et qu'on ne suppose plus conduit par son seul intérêt, mais inspiré d'idées morales, à ce moment-là le bon père de famille se serait arrêté, il n'aurait

pas passé outre. Il n'aurait pas agi. La faute est donc un fait reprochable au point de vue de la morale. Comme la morale est chose peu nette, comme l'appréciation du type idéal varie avec chaque juge, comme le point de vue moral doit être mis en dehors des questions d'intérêt, les auteurs nouveaux ont rejeté la faute. Ils ont eu ainsi un critérium moins variable, plus conforme au droit civil. C'est là leur mérite. Mais ils n'ont pas abandonné le point de vue objectif. Au lieu de rapporter leurs jugements à un type empreint de moralité, ils l'ont rapporté à un type psychologique, soucieux du seul intérêt. Au lieu du bon père de famille ils ont l'homme d'affaires. Curieux changement qui correspond bien à l'évolution des mœurs. Ils ont abandonné le point de vue moral. Ce n'est pas une théorie objective, c'est une théorie amoral (1). »

Pour combler l'abîme qui se trouve entre la théorie traditionnelle de la faute, et la théorie du risque créé, les partisans de cette dernière disent que leur théorie ne vient pas remplacer la faute mais la compléter. La solution des deux théories est la même dans le cas du fait intentionnel (délict); elle est différente quant au montant et quant à la mesure de réparation en cas de négligence (quasi-délict). Mais dans le cas d'un risque général et très réduit, qui ne présente pas la gravité nécessaire pour constituer une faute d'après la théorie traditionnelle, la nouvelle théorie nous ouvre un champ nouveau de responsabilité, mais d'une responsabilité très limitée dans son étendue (2).

(1) TEISSEIRE, *op. cit.*, pp. 122, 123.

(2) Avant même d'aborder la critique de la théorie du risque, nous tenons à répéter que cette idée de justice qui réclame l'adaptation de la réparation à la culpabilité ou au degré d'approbation de la volonté au dommage causé, d'après la formule nouvelle, n'est pas une idée qui relève uniquement de la théorie de risque. Elle peut être admise dans le domaine de la théorie traditionnelle. Elle constitue même un

Et maintenant abordons la critique de la théorie du risque. Il faut d'abord réduire à néant les efforts de ses partisans lorsqu'ils tentent de la justifier d'après l'interprétation des textes du Code. Il suffit d'examiner les travaux préparatoires pour rejeter ces interprétations. L'article 1382 n'est que l'aboutissement des règles du droit romain sur la responsabilité délictuelle. Ces essais d'interprétation sont certainement tendancieux et on n'a pu les présenter qu'en forçant les textes : aussi, jugeons-nous inutile de nous attarder à critiquer des conceptions si hasardeuses (1).

Donnons d'abord la formule de la théorie du risque : « tout dommage doit être attribué à son auteur et réparé par celui qui l'a causé, parce que tout problème de responsabilité civile se ramène à un problème de causalité. Tout fait quelconque de l'homme oblige celui qui a causé un dommage à autrui à le réparer (2). » A cette formule opposons celle de la faute. « L'homme doit agir, agir comporte des risques pour soi-même et pour les autres, qu'importe puisque l'action est la loi de l'homme. Mais l'homme ne doit pas mal agir, et il agit mal quand il cause à autrui un dommage qu'il aurait pu prévoir,

perfectionnement de la conception subjective de la faute. Les partisans de cette dernière conception avaient déjà, avant l'apparition de la nouvelle théorie, réclamé cette adaptation. Ihering disait : « La mesure de la faute détermine celle de la responsabilité, le *dolus* oblige, d'une manière absolue à tous les dommages-intérêts, la *culpa* n'y oblige que dans certaines limites... Il est vrai qu'aucun juriste romain n'a expressément traduit cette idée, mais que l'on scrute attentivement les textes et cette idée apparaîtra comme le centre invisible autour duquel la jurisprudence romaine gravite en s'approchant toujours de plus en plus. » IHERING, *La Faute en droit privé*, p. 63.

(1) V. SALIILLES, *Accidents de travail*, pp. 42 et suiv.

(2) RIPERT, *op. cit.*, p. 213.

empêcher et atténuer. Il doit alors dire *mea culpa*, et puisque le mal est fait, le réparer (1). »

En examinant l'article 1382, nous trouvons deux éléments qui y figurent, la causalité et la culpabilité; or, la théorie du risque efface le second pour mettre le premier au premier plan. En partant de cet élément unique de causalité, la théorie paraît réunir certains avantages. Premièrement, celui de satisfaire l'esprit scientifique, « reposant sur l'attribution de l'effet à la cause, elle donne à la règle juridique l'aspect de la loi physique et de sa rigueur scientifique ». Puis, « jouant au profit de la victime, elle assure dans la plupart des cas la réparation du dommage et répond à un sentiment de pitié pour le membre souffrant de la Société » ; entre la victime et l'auteur, on doit faire subir le dommage au dernier. En outre, « elle refreine l'exercice intéressé de la liberté et combat cet individualisme égoïste qui agit sans aucune préoccupation de l'intérêt d'autrui » (2). D'ailleurs, cette théorie ne peut-elle pas s'appuyer sur les grandes lois nouvelles des accidents du travail et de la responsabilité de l'Etat? Ces lois ne sont-elles pas venues consacrer une responsabilité dite objective qui n'exige aucune faute à sa base? Nous discuterons, pour exposer la critique de la théorie, ces quatre points successivement.

Le premier point permet d'entrevoir ce mépris flagrant qui fait négliger l'idée morale. Les partisans de la théorie nouvelle déclarent que, dans le domaine de la responsabilité, le droit civil n'a pas besoin de la morale. « La faute est donc un fait répréhensible au point de vue de la morale. Comme la morale est chose peu nette, comme le point de vue moral doit être mis en dehors des questions d'intérêt, les auteurs nouveaux ont rejeté la faute. Ils ont eu ainsi un critérium moins

(1) RIPERT, *op. cit.*, p. 223.

(2) RIPERT, *op. cit.*, p. 214.

variable, plus conforme au droit civil (1). » M. Ripert (2) attribue, avec raison, l'échec de la théorie nouvelle à la négligence de cet élément qui est la force, et qui commande la limitation de la responsabilité. Quand la loi de responsabilité est apparue comme une loi physique de création de risque, elle est devenue inadmissible. Et la nécessité de cet élément est évidente, l'homme par son instinct même ne se reconnaît coupable que des dommages causés par sa faute. L'esprit de justice qui réside dans le cœur de l'homme se cabre contre l'imputabilité d'un fait par le seul lien de causalité. Et puis quand on applique l'élément unique de causalité, on rencontre des difficultés énormes. Rattacher le dommage à une cause n'est pas facile. Il y en a tant. Quelle est celle dont il faut tenir compte ? Il faut forcément en choisir une pour déterminer la culpabilité. Ici les auteurs allemands discutent à l'envie. Il y a plusieurs théories — cause probable efficiente, adéquate, directe, dominante, prépondérante, nécessaire !!! Mais ce ne sont là que des spéculations vaines. « Si l'on veut poser le problème comme un problème scientifique, dit M. Ripert (3), il faut admettre que tous les antécédents sont des causes de dommages parce que si on en supprime un, le dommage ne se serait pas produit. » La jurisprudence qui a le contact des choses pratiques ne tient compte que de la faute, elle néglige les autres causes jugées « indifférentes ou absorbées par la faute ».

Discutons maintenant le second argument qui nous dit qu'entre la victime et l'auteur on doit faire subir le dommage à ce dernier. On pourra répondre qu'en réalité, le choix a été fait par le destin. Ce serait modifier l'attribution naturelle de

(1) TEISSEIRE, *op. cit.*, p. 123.

(2) RIPERT, *op. cit.*, p. 215.

(3) *Id.*, *op. cit.*, p. 217.

risque que de frapper l'auteur. C'est le pur hasard qui a frappé la victime. « Les gens sont toujours bien aisés de se décharger des risques qu'ils courent, en les faisant passer sur le dos d'autrui, mais pour que ce petit jeu mérite d'être approuvé, il faudra qu'on réussisse à le laver du reproche d'iniquité qu'il mérite si bien, et on n'y réussira qu'en réintroduisant l'idée de faute dans la théorie (1). »

On voit par là que la théorie nouvelle n'exige pas une activité fautive. L'activité engage la responsabilité par le seul lien de causalité. Or M. Saleilles dans les développements qu'il donne de la théorie emploie ces expressions : « caractère de fait irrégulier en soi..., de fait fautif » (2). N'est-il pas étonnant de voir les partisans de cette théorie revenir à la formule traditionnelle. En effet M. Saleilles en parlant de fait fautif a détruit complètement la théorie du risque. De deux choses l'une, ou bien on s'en tient à la formule du risque, sans parler de fait fautif : on se contente alors de faits simples, de faits volontaires, si on veut, pour exclure les cas de folie, et ce système sera logique et cohérent, mais condamné comme une conception mal assise sur la nécessité sociale et même sur les règles d'équité qui résident dans le cœur de l'homme. Ou bien on insiste sur cet élément fautif et la théorie nouvelle sera non seulement illogique et hétérogène, mais elle ne sera que la reproduction, sous une nouvelle forme, de la théorie traditionnelle.

Le troisième point repose en effet sur cet axiome que l'homme n'a jamais le droit de nuire à l'homme. Est-ce admissible dans l'activité de la vie ? « La vie des sociétés est une

(1) PLANIOL, *Revue critique*, 1905, pp. 289-290. V. aussi GÉNY, *Risque et responsabilité*, *Revue trimestrielle du droit civil*, 1903, p. 282 et RIPERT, *op. cit.*, p. 215.

(2) *Accidents du travail*, p. 11.

lutte perpétuelle et universelle; toute action, tout travail, est un fait de concurrence économique et sociale; tout homme, toute nation qui acquiert une supériorité dans une branche quelconque de son activité, en supprime d'autres, évince ses concurrents, leur nuit, et c'est son droit de leur nuire. Telle est la loi de la nature, et l'humanité n'a pas d'intérêt à s'y soustraire, parce que cette loi est le seul stimulant de son énergie. Il est manifestement impossible d'obliger celui qui triomphe aux dépens d'autrui à indemniser ses concurrents malheureux (1). »

On voit par là que la théorie du risque entrave bien l'activité, laquelle sera contrainte et stérile si elle a devant elle une condamnation anticipée à réparer tous les dommages qu'elle cause. La théorie traditionnelle, disent les partisans de la théorie nouvelle, dans laquelle « on voit des fautes partout, des fautes imperceptibles, causera des entraves plus sérieuses à l'initiative ». Avec la théorie du risque l'homme saura que, « s'il va son train, s'il ne dérive pas trop de sa route, les charges qu'il supportera seront minimales, presque nulles ». Cette dernière théorie est au contraire franche et claire; elle ne présente ni surprises ni pièges; l'initiative y sera moins entravée. Comme le dit M. Saleilles, « l'initiative ne recule pas devant les risques, elle ne recule que devant les longueurs et devant l'incertitude » (2).

Il n'est pas difficile de répondre à cet argument fallacieux. Ce n'est pas la sincérité de cette théorie qui laissera l'homme plus sûr de sa liberté d'action. Même si on lui indique les conséquences de ses actions et les peines qui en découleront pour lui, même si on l'avertit avec la précision la plus complète, il sentira que sa liberté est entravée, dès lors qu'on le rend

(1) PLANIOL, *Traité du droit civil*, t. II, n° 871 bis.

(2) SALEILLES, *Accidents de travail*, p. 77.

responsable des dommages causés par son action et sans tenir compte de sa faute. Au contraire si on tient compte d'un degré de précision évidente des conséquences de ses actions, autrement dit si on tient compte de l'imprudence et de la faute pour déterminer sa responsabilité, il va sans dire que sa responsabilité sera moins exposée, et c'est cela et cela seul qui lui importe. Que la loi de responsabilité soit plus compliquée (si on accepte cette accusation dirigée contre la conception traditionnelle) cela ne l'impressionnera pas, tant que sa responsabilité aura moins de chance d'être engagée. C'est que l'homme ne recherche que son intérêt propre et tend à éviter les déboires le plus possible ; s'il se trouve trop exposé à être condamné à des réparations, il s'agira plus, ou il agira moins ; c'est bien alors que l'activité sera très entravée, presque anéantie, c'est un mal social et c'est là une des causes de l'échec de la théorie nouvelle.

Quant au quatrième point, on pourra mettre en doute que les lois nouvelles sur les accidents de travail et sur la responsabilité de l'Etat aient été vraiment votées pour consacrer la théorie objective. On pourra dire avec M. Ripert que les lois sur les accidents de travail ne sont pas des lois de responsabilité. Elles sont plutôt, des lois d'assurances et de répartition des risques. « C'est pour cela que le fait du travail comprend le cas de force majeure et aussi la faute de l'ouvrier, pourvu qu'elle ne soit pas inexcusable, alors que l'application de la loi de la causalité donnerait une solution plus restrictive. La jurisprudence a pu élargir la notion du fait du travail sans que la conscience soit choquée, car ce n'est pas comme responsable de ses actions que le patron est tenu de réparer les accidents. Au surplus, le risque professionnel n'a pu s'appliquer en pratique que parce que le patron a divisé, par l'assurance, le

risque mis à sa charge (1). » C'est pour cela aussi que l'ouvrier supporte une part de risque puisqu'il n'est pas complètement indemnisé des dommages qu'il subit.

D'ailleurs ce n'est pas le patron seul qui crée le risque, l'ouvrier y participe avec lui, puisque aucun des deux ne peut agir sans l'autre, « et il n'y aurait pas de patron s'il n'y avait pas d'ouvriers offrant leur travail. L'industrie c'est leur œuvre commune (2). »

C'est même à propos de ces lois que la théorie nouvelle a pris le caractère d'universalité. Elle a été l'effet d'une cause temporaire et accidentelle. Cette cause est la situation malheureuse des ouvriers avant la loi de 1898, et l'injustice éclatante qui résultait de leur situation juridique et l'impossibilité devant laquelle ils se trouvaient d'administrer la preuve, en cas d'accident, de la faute du patron. Les tribunaux ont bien essayé d'engager la responsabilité du patron, mais ils n'y réussissaient pas toujours. Certains auteurs ont tenté de justifier la responsabilité par le principe du contrat (3) ; d'autres plus hardis (MM. Saleilles et Josserand) ont essayé d'établir la responsabilité du patron en dehors de toute faute, mais sans contredire les textes (4). La théorie paraissait éblouissante de logique et d'équité. Le législateur, par la loi de 1898 semblant la consacrer, on commençait dès le vote de cette loi, à trouver

(1) RIPERT, *op. cit.*, p. 225.

(2) PLANIOL, *Revue critique*, 1905, p. 281. En ce qui concerne les lois sur la responsabilité de l'Etat, on peut dire qu'il n'y a aucun rapport entre la responsabilité de l'Etat dans l'exécution de ses services publics et la responsabilité du particulier envers son semblable.

(3) SAINTELETTE, *Responsabilité et garantie*, 1884; SAUZET, *De la responsabilité du patron vis-à-vis des ouvriers dans les accidents de travail*, *Revue critique*, 1883, pp. 396 et 608.

(4) V. SALEILLES, *Revue Bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1894, pp. 647 et suivantes ; JOSSERAND, *La Responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897.

un esprit de justice dans le principe nouveau de responsabilité. On construisait une théorie générale universelle sur la responsabilité sans la faute (1).

Ces lois n'ont pas été inspirées par une raison d'ordre juridique, « elles ont eu pour cause un mouvement d'opinion très légitime, elles sont fondées sur un sentiment de charité au sens le plus élevé du mot et qui fait grand honneur à l'homme » (2). Il faut d'ailleurs reconnaître que la charge des accidents n'est pas au fond imposée au patron, puisque la faute de la victime entre en ligne de compte; s'il en eut été autrement, c'eût été injuste. Cette charge a été imposée à l'industrie prise dans son ensemble. C'est une répartition de risque entre le patron, l'ouvrier, et la clientèle (puisque la prime d'assurance entre dans les frais généraux et compte dans la fixation de prix). C'est une loi de justice mais qui ne constitue pas un principe juridique.

Il est temps de conclure, après cet exposé, assez long d'ailleurs pour une thèse de portée spéciale, des théories sur la responsabilité. Nous y avons insisté parce qu'il faut précisément prendre un parti dans le fondement de la responsabilité en général, pour pouvoir donner une explication exacte de la responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés.

Nous avons vu que la théorie du risque si on la considère comme une théorie générale, en dehors même de l'interprétation des textes, et comme une théorie sur laquelle on souhaite fonder la responsabilité si l'on entrevoit une revision du Code, doit être rejetée. C'est l'idée de la faute qui doit être maintenue. « Nous commençons à nous rendre compte, écrit

(1) SALEILLES, *Accidents du travail et responsabilité civile*, n° 26 et suivants.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, p. 280.

M. Hauriou (1), que la vie morale des hommes et par conséquent leur vie sociale n'est pas sujette à tant de nouveautés, qu'elle reste au contraire singulièrement identique à elle-même, qu'elle repose sur un petit nombre de théories dont le fond ne varie pas. »

Mais est-ce que la théorie du risque malgré l'erreur fondamentale sur laquelle elle se base n'arrive pas à nous insuffler quelque chose de nouveau? N'y a-t-il pas un progrès ou un changement dans l'idée de la faute, dans son application, depuis la rédaction du Code civil ou au moins depuis le mouvement rénovateur ?

En effet, la règle de l'obligation morale qui est à la base de la responsabilité a subi un gros changement; mais ne nous y trompons pas. Ce changement, elle le subit toujours et le subira tant que la vie sociale continuera à se développer. Ce changement, elle le tient de sa souplesse, de sa force intrinsèque de s'adapter au progrès de la vie. La règle morale n'est pas si immuable. Elle a, il est vrai, quelques éléments de fond qui ne varient pas; ce sont des éléments du sentiment humain lequel est inhérent à la mentalité de l'homme. Mais elle peut supporter les modifications de la vie. Cette souplesse nous permet d'être exigeants dans les temps contemporains. La vie n'est plus paisible comme autrefois; l'activité s'est dédoublée, triplée. Des éléments nouveaux d'activité se sont introduits. Chaque geste de l'homme comporte dans ce siècle des risques qu'il ne comportait pas jadis. La prévoyance de l'homme doit être, par conséquent, plus grande, la gravité des risques appropriés pour constituer la faute doit s'amoindrir. Ce n'est pas supprimer la faute qu'il nous faut; c'est l'adapter. « Le vieux

(1) Note au *Sirey*, 1918, 19.3.23.

fleuve du droit subjectif, dit M. Hauriou (1), continue à couler paisible à côté de celui du droit objectif. »

Nous ne pouvons ici, que faire nôtres les conclusions de M. Ripert. « On avait autrefois cette idée qu'était irréprochable, celui qui agissait honnêtement, correctement, en bon père de famille. Nous sommes aujourd'hui plus difficiles. Il nous apparaît que dans la vie sociale moderne où règne l'inégalité de puissance et la lutte des intérêts, il est du devoir de chacun de nous de considérer tous les dommages qu'il peut causer, et d'apprécier s'il n'en doit pas en justice réparation, parce qu'il a créé des risques pour les autres, en retirant pour lui-même profits ou plaisirs. C'est, dira-t-on, la formule même de la théorie du risque. La formule n'est point inexacte dans cette théorie, mais bien l'idée sur laquelle elle repose. Ce n'est pas parce qu'il a causé le risque que l'auteur est tenu à réparation, c'est parce qu'il l'a causé *injustement*, ce qui ne veut pas dire contrairement au droit, mais contrairement à la justice. La responsabilité n'est que la détermination et la sanction légale de la responsabilité morale (2). »

Le rôle de la jurisprudence est vraiment prépondérant dans cette adaptation. Elle reflète le degré de prévoyance que la société exige de chaque activité. Elle sanctionne le devoir moral et le rend juridiquement obligatoire. C'est, pourra-t-on dire, une puissance arbitraire qui peut transformer la physiologie du droit sans qu'on puisse lui adresser des reproches, une fois que cette puissance est octroyée. Mais est-ce un mal ?

(1) *Précis de droit constitutionnel*, 193, p. 19.

(2) RIPERT, *op. cit.*, p. 228. Il y aurait ici une comparaison à faire entre la notion du devoir moral et la notion du *duty* en droit anglais, mis cela nous entraînerait trop loin, V. LEVY-ULLMANN, *Comment un français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-américain ?* p. 16.

Non, d'après nous, parce que le droit doit beaucoup à la jurisprudence. Grâce à son contact avec la vie quotidienne, par les controverses pratiques, et les luttes d'intérêts, la jurisprudence a plus de compétence pour donner aux règles juridiques des directives nouvelles. C'est même elle qui aiguillonne le législateur dans des cas d'injustice flagrante, comme tel a été le cas avant la loi de 1898. Il est vrai qu'il ne faut jamais laisser toute la tâche à la jurisprudence ; elle doit se mouvoir dans une sphère limitée, et c'est lorsqu'elle se meut trop dans la même sphère, lorsqu'elle se sent à l'étroit, que le législateur doit se rendre compte qu'il est temps d'intervenir. C'est ce qu'il a fait par la loi du 9 avril 1898.

SECTION II. — *Le fondement de la responsabilité du commettant.*

Abordons, maintenant, la discussion de la responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés. La doctrine, en dépit des opinions divergentes sous lesquelles elle se présente, traite cette question sous deux égides : la faute et le risque.

Les théories qui estiment que la responsabilité du commettant se base sur une faute affirment que l'article 1384 en ce qui concerne le commettant, n'est qu'une application du droit commun ; tout ce que le Code a mis de nouveau dans cet article, c'est la présomption qu'il établit ; quant à la nature de cette faute imputée au commettant, elle fait l'objet de plusieurs explications.

On dit que si le préposé commet un acte dommageable, son maître est responsable parce qu'il l'a mal choisi ; il l'a choisi tel parce que probablement il le paie moins cher qu'un autre. Or, c'est une faute de choisir un préposé inapte. On doit, au

contraire, s'appliquer à ne choisir que des préposés attentifs, prudents et adroits (1).

Le fait que le préposé cause un acte dommageable prouve par cela seul qu'il est un mauvais préposé. C'est le maître qui l'a choisi; il a donc commis une faute personnelle en le choisissant.

Les partisans de cette théorie écartent même la mauvaise surveillance. Ils tirent un argument en faveur de ce fondement unique, de la différence faite par le Code dans le traitement des pères, mères, et commettants. Pourquoi le Code a-t-il imposé une responsabilité absolue pour le commettant, alors qu'il a admis la preuve contraire pour les parents? C'est que la responsabilité des premiers est fondée sur un mauvais choix, tandis que celle de ces derniers se base sur le manque de surveillance. On peut prouver qu'on a bien surveillé le mineur, qu'on ne pouvait pas empêcher le délit et par cela on dégage sa responsabilité. Tandis qu'on ne peut pas prouver qu'on a bien choisi le préposé, la preuve contraire étant administrée par le fait même, c'est-à-dire par le délit commis. C'est même pour cela, disent les auteurs, que le maître n'est pas responsable de tous les délits de son préposé, mais seulement de ceux commis dans l'exercice de ses fonctions. C'est que le choix du maître a porté sur ces fonctions seulement. Tant qu'il est un bon domestique ou un bon préposé, il importe peu qu'il soit un mauvais citoyen, qu'il cause des dommages en dehors de ses fonctions. Tandis que les parents sont, au contraire, responsables de tous les actes de leurs enfants parce qu'ils doivent toujours les surveiller (2).

(1) V. LAURENT, t. XX, p. 606; DEMOLOMBE, t. 31, p. 530; COLMET DE SANTERRE, t. V, p. 663; HUC, t. VIII, p. 539; BAUDRY, t. III, n° 2911.

(2) V. DEMOLOMBE, *op. cit.*, pp. 532-533.

Écoutons aussi cet argument de Colmet de Santerre (1). « La responsabilité du maître à l'égard du fait de ses serviteurs ou préposés n'a pas pour principe un défaut de surveillance, car cette surveillance est impossible sinon le maître ne pourrait plus se faire remplacer par un préposé, il se ferait accompagner par lui ; mais le maître est réputé en faute pour avoir mal choisi ses serviteurs ou employés, et c'est ce qui explique pourquoi le dernier paragraphe de l'article ne décharge pas le maître de son obligation quand celui-ci prouve qu'il n'a pu empêcher le fait dommageable. »

On s'appuie aussi sur les paroles de Bertrand de Greuille dans son rapport au Tribunal (2). « Le maître n'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents ? Et serait-il juste que des tiers demeurent victimes de cette confiance inconsidérée, qui est la cause première, la véritable source du dommage qu'ils éprouvent ? » Et Pothier n'a-t-il pas dit que cette rigueur contre les maîtres et commettants « a été établie pour rendre les maîtres plus attentifs à ne se servir que de bons domestiques » (3).

Les partisans de l'idée de défaut de surveillance prise comme base de la faute entraînant la responsabilité du commettant, élèvent contre l'idée de mauvais choix plusieurs critiques. D'abord parce que le choix lui-même ne peut pas être rationnellement une cause de responsabilité, une faute. Combien de fois fait-on par jour ce geste de choisir quelqu'un pour accomplir telle action ? On n'est pas considéré responsable des conséquences de tous ces choix. Pourquoi rend-on le maître responsable des conséquences de ce fait qui consiste

(1) T. V, p. 663.

(2) FENET, t. XIII, p. 376.

(3) T. II, n° 121.

à choisir un préposé. Comme le dit M. Planiol (1), « Le fait du choix de l'employé est une des conditions de l'hypothèse dans laquelle il peut y avoir une responsabilité du fait d'autrui ; elle en donne la possibilité mais non la justification. »

D'ailleurs, le choix ne peut pas être toujours libre. C'est parfois un choix très limité ; quelquefois il se fait dans des conditions qui se rapprochent de la contrainte. Parfois même, il est absolument imposé. Ainsi les agents de police sont considérés comme les préposés de la commune, laquelle est responsable des dommages qu'ils causent dans l'exercice de leurs fonctions. Or, il arrive que c'est le préfet qui les nomme et les révoque et non pas la commune. Pourtant c'est cette dernière qui est responsable (2).

Et même dans les cas où le choix est libre, on ne peut pas, quelque prudence et quelque attention qu'on y mette, garantir que la personne ne commettra pas de fautes.

C'est pour ces diverses raisons que certains auteurs écartent l'idée de mauvais choix pour le remplacer par celle de manque de surveillance. Ils disent que c'est le devoir du maître de bien surveiller ses préposés, pour qu'ils ne causent pas de dommages à des tiers. Manquer à ce devoir est une faute. On cite les paroles du tribun Tarrible devant le corps législatif, lequel attribue les dommages causés par les préposés au relâchement de la discipline domestique, qui est dans les mains du commettant. « Ce relâchement est une faute, il forme une cause de dommages indirects, mais suffisants pour faire retomber sur eux la charge de la réparation (3). »

Une critique très habile est dirigée contre cette théorie. On dit : puisque le commettant est présumé avoir été négli-

(1) *Revue critique*, 1909, p. 295.

(2) V. Cour d'appel d'Aix, 24 février 1880, D. P. 80. 2. 243.

(3) FENET, t. XIII, p. 488.

gent dans la surveillance, il faut au moins lui laisser le droit de prouver qu'il a très bien surveillé son préposé, que le délit a été commis malgré ses ordres et malgré les précautions prises. Lui refuser ce droit de preuve serait inique. Or la loi le lui refuse. C'est donc que ce motif ne peut pas servir de base à la faute qui entraîne la responsabilité du commettant. En général les partisans de la surveillance combinent cette idée avec le mauvais choix (1). Ils disent que si un délit est commis c'est que le commettant a mal surveillé, et même si la surveillance a été irréprochable, c'est que le préposé a été mal choisi et une preuve en est déjà fournie, c'est l'acte commis. « Ainsi, comme le fait remarquer justement M. Planiol, chassés de l'une de leurs forteresses ils se réfugient dans l'autre et continuent indéfiniment ce petit jeu, bien qu'ils ne trouvent d'appui solide ni sur un point, ni sur l'autre (2). »

Nous voyons par là l'insuffisance de ces deux motifs. Ils se sont détruits l'un l'autre et le résultat de cette lutte démontre simplement leur insuffisance. Les combiner ne nous avance à rien. En effet il devient impossible de fonder cette responsabilité sur la faute, même présumée, parce qu'on supprime cette base de faute par l'impossibilité de fournir la preuve contraire. Cette présomption irréfragable n'est qu'une fiction. Il doit y avoir quelque chose d'autre que la faute qui point dans l'article 1384. On a dit que c'est l'idée de risque. « Entre deux individus, nous dit M. Saleilles, dont l'un, même sans faute, a causé un accident personnel ou une perte matrimo-

(1) V. LAROMBIÈRE, t. VIII, art. 1384, n° 8; SOURDAT, t. II, n° 885, p. 132; AUBRY et RAU, t. VI, p. 381; BEUDANT et CAPITANT, article dans les *Annales de l'Université de Grenoble*, t. XVIII, p. 393; RIPERT, *Revue critique*, 1911, p. 143. Il y a pourtant des auteurs qui invoquent seulement le manque de surveillance, SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, p. 125.

(2) PLANIOL, *Revue critique*, 1909, p. 297.

niale à l'autre et dont ce dernier s'est trouvé être la victime, qui doit supporter la charge pécuniaire et sur quel patrimoine doit retomber en dernier lieu la perte définitive ? Telle est exactement la formule du problème. La question de faute n'a rien à voir à la question (1). » C'est le principe du renversement de l'attribution des risques dans cette théorie générale du risque. Pour l'appliquer à la responsabilité des faits d'autrui, on dit qu'on se sert de l'activité d'une autre personne, pour son profit personnel. Le maître se trouve obligé de se garantir les services des autres ; c'est le prix de la continuation de ses entreprises. Tout seul il ne pourra rien faire. Les services des autres sont donc des profits pour lui. Or, la justice nous dicte que celui qui profite d'une entreprise doit en supporter les déboires.

C'est cela même qui nous explique, d'après M. Saleilles (2), le traitement différent que le Code applique à la responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés et à celle de l'artisan à raison des faits de ses apprentis. L'artisan choisit librement ses apprentis et doit d'après le Code de travail (art. 8), les surveiller. Il a justement de l'autorité sur ses apprentis autant que le commettant sur ses préposés. Alors pourquoi donne-t-on à l'artisan le droit de prouver sa non négligence et refuse-t-on ce droit au commettant ? Cette différence de traitement serait une anomalie, s'il n'y avait pas de motifs rationnels. Or, les partisans de la théorie du risque nous disent qu'il y a ce contraste entre les deux, que le commettant tire un profit de ses préposés et que l'artisan n'en tire pas. C'est plutôt une charge pour lui que de prendre des apprentis, il doit leur apprendre un métier.

(1) *Accident du travail*, p. 75.

(2) *Op. cit.*, p. 33.

Et c'est cela, justement, nous disent les partisans de l'idée du risque, qui explique la différence entre la responsabilité des pères et mères et celle des commettants. La première, comme dit M. Planiol (1), n'est au fond qu'une responsabilité personnelle, tandis que la deuxième est la vraie responsabilité des faits d'autrui. Toute la dérogation au droit commun dans le cas de responsabilité des parents, consiste dans la création de la présomption ; c'est une question de renversement de la charge de la preuve. Le législateur a émis cette présomption, parce qu'il a considéré qu'en général les délits des enfants sont le résultat de la mauvaise surveillance des parents ; avec une surveillance plus étroite le délit, dans la plupart des cas, ne se serait pas produit.

Il est vrai qu'il peut arriver que les parents ne puissent rien y faire, que leur surveillance la plus étroitement exercée soit impuissante à empêcher le délit. C'est pour cette raison que le législateur n'a donné qu'une présomption refragable. Une fois que le père ou la mère arrive à prouver qu'il n'a pas manqué à son devoir, qu'il a toujours bien surveillé son enfant, que le délit s'est perpétré malgré son énergie et sa surveillance, sa responsabilité est dégagée. Mais la fréquence des délits des enfants qui ont pour cause un manque de surveillance des parents suffit par elle-même pour créer cette présomption. Et d'ailleurs, c'est un devoir moral qui échet aux parents, que de surveiller leurs enfants et de leur donner une éducation saine et parfaite. Faillir à ce devoir est une faute personnelle.

Au contraire dans le cas du commettant, le devoir moral n'existe pas. Le maître ou le commettant ne doit pas principalement surveiller ses domestiques et ses préposés. Autre-

(1) *Traité de droit civil*, t. II, n° 909.

ment dit, ce n'est pas une tâche assignée par la morale que de surveiller ses préposés, comme de surveiller ses enfants. Manquer à cette surveillance ne constitue pas par soi-même, chez le maître ou le commettant, une faute personnelle.

Il existe alors une autre explication de cette responsabilité et qui est la cause déterminante de son caractère absolue. C'est l'idée de risque.

Ce qui est encore plus curieux, c'est que les partisans de cette idée de risque n'ont pas manqué de trouver des appuis dans les travaux préparatoires. On cite couramment le rapport de Bertrand de Greuille dans lequel il disait : « N'est-ce pas le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer ? Serait-il juste que des tiers demeurassent victimes de cette confiance inconsidérée qui est la cause première, la véritable source du dommage qu'ils éprouvent ? La loi ne fait donc ici que ratifier ce que l'équité commande, ce que de fréquents et de trop fâcheux exemples rendent nécessaire et que la jurisprudence de tous les temps et de tous les pays a consacré (1). »

CONCLUSION

En examinant les travaux préparatoires de l'article 1384, on constate en effet que l'idée qui a guidé les rédacteurs du Code, dans la responsabilité des faits d'autrui en général, est une idée de garantie.

Treilhard disait : « La responsabilité des pères, des instituteurs, des maîtres est une garantie et souvent la seule garantie de la réparation des dommages. »

(1) LOCRÉ, t. XIII, p. 42.

Et Bertrand de Greuille de dire : « Le projet ne s'arrête pas à la personne qui est l'auteur du dommage ; il va plus loin et pour en assurer de plus en plus la juste indemnité, il autorise le lésé à recourir à ceux de qui cette personne dépend et contre lesquels il prononce la garantie civile. »

En examinant de plus près cette idée de garantie dans son application à ces différentes responsabilités, on trouve qu'elle ne peut s'appliquer ni aux pères et mères, ni aux instituteurs, ni aux artisans, puisque pour garantir quelqu'un, il faut que ce quelqu'un rentre dans l'indemnité du dommage à lui causé, et cela dans toutes les hypothèses, sauf, bien entendu, le cas de l'insolvabilité du garant lui-même. Or, les pères, mères, instituteurs, et artisans, peuvent se disculper en prouvant qu'ils n'ont pas failli à leurs devoirs de surveillants. Leur responsabilité étant, au fond, basée sur l'idée de faute, le seul effet de la présomption réfragable qu'on leur a imposée, c'est de rendre la preuve plus facile pour la victime. Au point de vue du fond du droit, rien n'est changé. Sont-ils coupables et négligents, ils seront condamnés ; sont-ils irréprochables, leur responsabilité sera dégagée. Au fond ils ne garantissent rien, ils répondent de leurs fautes.

Mais dans le cas du maître et du commettant la solution est différente ; si on admet que l'idée qui a inspiré les rédacteurs du Code est une idée de garantie, il n'y a pas de contradiction avec la rédaction de l'article sur ce point. La présomption que le Code leur a imposée est une présomption irréfragable (1). La victime dans ces conditions trouvera toujours un garant qui lui versera le montant du dommage qui lui est causé, même en dehors de toute faute de la part de ce commettant.

(1) Nous discuterons plus loin, dans la partie relative à l'étendue de la responsabilité du commettant, une doctrine qui ne voyait dans la présomption sur laquelle est basée la responsabilité de ce dernier, qu'une présomption réfragable.

Mais cette idée de garantie, en supposant qu'elle soit la cause de la présomption de l'article 1384, du moins en ce qui concerne les maîtres et les commettants, ne suffit pas par elle-même à fonder la responsabilité de ces personnes ; on pourra en effet se demander par la suite, pourquoi le Code a infligé cette garantie aux maîtres et commettants, pourquoi il leur a imposé cette rigueur.

Il n'y a pas de doute que les rédacteurs du Code, n'ont pas voulu, en infligeant au commettant une responsabilité avec une présomption irréfragable, insérer dans l'article 1384, une responsabilité sans faute basée sur l'idée de risque.

En rédigeant ainsi cet article, on a voulu, d'emblée donner dans le cas du commettant la même solution que dans le cas des pères, mères, instituteurs et artisans ; c'est-à-dire une responsabilité basée sur une présomption réfragable. Le tribun Tarrible disait, dans la séance du 19 pluviôse an XII : « Le dommage pour qu'il soit sujet à réparation doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un. C'est à ce principe que se rattache la responsabilité prononcée par l'article 1384, contre le père, la mère, les maîtres et les commettants, les instituteurs et les artisans, pour les dommages causés par les enfants mineurs, par les domestiques et les préposés, par les élèves et les apprentis ; et les premiers sont investis d'une autorité suffisante pour contenir leurs subordonnés dans les limites du devoir et du respect dû aux propriétés d'autrui... *Cette responsabilité cesse à l'égard de tous, s'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne lieu.* »

Sans aller aussi loin que Tarrible et sans considérer que la présomption est réfragable pour tous, les autres orateurs admettent aussi que la responsabilité de l'article 1384, même en ce qui concerne les maîtres et les commettants, est basée

sur la faute. Treilhard à la séance du 9 pluviôse an XII disait à propos de la responsabilité de l'article 1384 : « Ainsi réglée, la responsabilité est de toute justice. Ceux à qui elle est imposée ont à s'imputer pour le moins, les uns de la faiblesse, les autres un mauvais choix, tous de la négligence. » Même Bertrand de Greuille, qu'on cite toujours comme le précurseur de l'idée de risque en tant que fondement de la responsabilité du commettant (1) parce qu'il a dit : « N'est-ce pas en effet le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer », même ce tribun n'a pas manqué de parler de la faute; en parlant du commettant, il dit : « N'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents, et serait-il juste que les tiers demeurent victimes de cette confiance inconsidérée qui est la cause première, la véritable source du dommage qu'ils éprouvent, la loi ne fait ici que ratifier ce que l'équité commande. »

C'est ce qui a amené M. Paul Esmein à conclure que « l'idée de faute, en partie voilée, reste le *substratum* profond de l'article 1384 » (2).

Mais en effet, il faut avouer aussitôt que les rédacteurs du Code en voulant consacrer l'idée de faute dans la responsabilité du commettant, l'ont ébranlé par la présomption irréfragable. Cela nous amène à dire, après ces constatations, que le système du Code en cette matière est une des plus saillantes anomalies qu'il puisse présenter.

Nous estimons, en définitive, que l'idée conductrice du législateur dans la rédaction de l'article 1384 (abstraction faite de l'alinéa qui parle de la responsabilité des choses qu'on a

(1) V. DEMOGUE, *op. cit.*, t. V, pp. 73-74.

(2) *Revue critique*, 1924, p. 203.

sous sa garde) a été le souci d'édicter une mesure d'ordre public, qui vient ratifier ce qui est commandé par l'équité.

Nous sommes en présence d'une victime qui ne peut pas recouvrer les dommages qu'elle a subis par suite de l'état d'insolvabilité dans lequel se trouve généralement l'auteur du délit. Or, toutes les fois qu'on pourra juxtaposer à l'auteur du délit, une personne pour en répondre civilement, on ne doit pas hésiter à engager sa responsabilité. Seulement cette règle d'équité qui a été jugée par le législateur comme une règle d'ordre public ne justifie cette juxtaposition que pour des situations spéciales, dans lesquelles la mesure d'ordre public ne joue pas toujours de la même manière. Dans le cas des maîtres et commettants, nous sommes devant une situation bien définie : une personne est sous la subordination et travaille pour le compte et le profit d'une autre personne, laquelle a sur la première une certaine autorité et a seule le droit de la diriger, dans le travail que cette seconde personne effectue pour son compte ; cette autorité qui permet de donner des instructions et des ordres se précise d'ailleurs, par le droit de révocation. C'est une situation en présence de laquelle un devoir moral incombe à la personne qui exerce l'autorité ; et ce devoir moral qui se traduit par la surveillance et la prudence dans la direction a pour but, surtout, la sécurité des tiers. Ce devoir moral incombe également aux parents qui ont l'obligation de surveiller leurs enfants, mais dans ce cas, il a pour but, principalement, de parfaire l'éducation des enfants. Il y a d'ailleurs une autre différence entre ces deux situations ; c'est que dans le cas des parents il n'y a pas de fonction qui vienne limiter la sphère de leurs devoirs ; ceux-ci se rapportent à tous les actes des enfants. A l'inverse, dans la première situation, ce devoir a une sphère limitée : il ne comprend que les actes de fonction de subordonnés.

L'ordre public a été jugé plus impérieux dans le cas des maîtres et commettants, étant donné qu'ils ont eux-mêmes créé volontairement cette situation par laquelle une personne est soumise à leur subordination dans le but de travailler pour leur compte et profits propres, et qu'ils peuvent, librement y mettre fin. Par conséquent, s'inspirant de cette mesure d'ordre public, on a appliqué à la responsabilité des parents (qui a d'ailleurs un champ très vaste puisqu'elle comprend tous les actes fautifs de l'enfant) une atténuation en admettant la preuve de l'absence de faute, tandis qu'on n'a appliqué à la responsabilité des maîtres et commettants (qui est par ailleurs limitée par la fonction des subordonnés) un caractère absolu.

C'est, nous nous permettons de le dire, une balance égale que le législateur a jugé opportun d'établir entre les deux responsabilités.

Au contraire, on peut dire que l'idée de risque ne peut pas être admise comme fondement de la responsabilité des maîtres et commettants.

D'abord parce que l'assimilation par le Code du domestique et du préposé, du maître et du commettant, va à l'encontre de cette idée. On désigne par commettant celui qui spéculé sur le travail d'autrui, celui qui en vue d'un gain à réaliser se charge de travaux qui dépassent ses forces personnelles, et qui pour cela emploie un nombre plus ou moins grand d'ouvriers ou d'auxiliaires. Si on peut dire que, puisque tout le profit est pour cette personne, il paraît juste également que le risque total soit aussi pour elle et que par la suite elle doit répondre des faits de ces auxiliaires, peut-on en dire de même du maître vis-à-vis de son domestique ? Certes non ! Le maître se fait servir mais ne spéculé pas ; il est comme le dit M. Planiol, un *consommateur* : « son domestique lui rend des *services* qu'il consomme pour son utilité personnelle, exactement comme des

fournisseurs lui procurent les *produits* qu'il consomme pour vivre » (1). Or, l'article 1384 donne une solution unique pour le maître et le commettant.

Nous trouvons une autre preuve dans l'admission par la jurisprudence du recours du commettant contre son préposé fautif, quand il s'agit de se faire rembourser ce qu'il a payé en sa qualité de commettant. Comme nous le verrons plus loin, une fois la victime désintéressée, la question se résume dans une répartition de faute, de telle façon que chacun (le commettant et le préposé), subisse en définitive, les conséquences de sa faute propre. Il nous semble qu'en appliquant l'idée de risque on n'aboutira pas à ce même résultat, puisque celui qui a le profit doit définitivement et dans tous les cas, subir les risques.

Quant à l'idée classique de présomption irréfragable de faute, on peut dire que c'est une formule qui revient à faire de la responsabilité des maîtres et commettants une responsabilité absolue. C'est une constatation mais non une justification. On peut reprocher à cette formule d'être imparfaite mais non d'être inexacte; nous pourrions l'adopter sous cette réserve.

Une question peut encore se poser : cet état de subordination entre deux personnes qui crée le lien de préposition, est-il un état de subordination physique ou de subordination qui se résume en une dépendance économique ? C'est le point que nous tâcherons de fixer dans le chapitre suivant, en nous éclairant dans notre recherche par les solutions jurisprudentielles. C'est d'ailleurs remettre sur le tapis la même lutte entre l'idée classique de présomption de faute et l'idée de risque, mais en transportant ailleurs le champ de bataille. Dans le chapitre dont nous donnons ici la conclusion, la lutte portait sur le

(1) *Revue critique*, pp. 298-299.

fondement de la responsabilité du commettant. Dans le chapitre suivant, la lutte portera sur le critérium par lequel on désigne le lien de préposition. Il y a une liaison secrète entre ces deux titres de chapitre malgré leur écart apparent.

Tout ce qui précède est du domaine du droit positif. Nous y sommes liés par les textes et par la sphère limitée dans laquelle peut se mouvoir la jurisprudence. En se dégageant du droit positif, on peut se demander si la question de la responsabilité du commettant doit être remaniée. C'est une question de garantie envers les tiers des actes d'une personne. Elle est alors purement technique et il appartient au législateur de voir dans quelle mesure, il veut qu'il y ait dans la société des répondants pour autrui. Il est possible que le droit civil ait donné sur ce point une solution peu nuancée. Nous placerons la discussion de ce point dans nos conclusions définitives après l'étude du droit comparé parce que nous aurons à ce moment-là tous les éléments de la question.

SECTION III. — *La responsabilité contractuelle du commettant.*

Le débiteur dans la plupart des cas, n'exécute pas seul son obligation. Il a recours à d'autres personnes pour l'aider à exécuter l'obligation et même quelquefois pour se substituer à lui. Ce sont, dans la plupart des cas, ses subordonnés, surtout dans le cas où il a recours à des aides. Un industriel doit livrer une certaine quantité de marchandises, dans un délai déterminé. Il n'arrive pas à les avoir prêtes ce jour-là. Il n'a commis, personnellement, aucune faute qui ait causé ce retard. Au contraire, il a calculé le temps possible, acheté le matériel nécessaire, donné les instructions à ses gérants et à ses ouvriers. Mais il arrive qu'au cours de la livraison, et par la

faute de son agent, la marchandise a été détériorée et que par suite l'obligation n'a pas été exécutée. Quoique l'inexécution n'ait pas pour cause sa faute personnelle, mais celle de son agent, l'industriel est, nonobstant, considéré comme ayant failli à son obligation, et il doit indemniser le créancier de cette inexécution.

Dans la section précédente nous avons donné l'explication du fondement de la responsabilité du préposant à raison des *délits* de son préposé. C'est une responsabilité délictuelle qui repose sur l'article 1384. Mais il arrive que ce préposant, en sa qualité de débiteur d'une certaine obligation, ait recours à ces mêmes préposés pour l'aider à l'exécution de son obligation. Si cette obligation n'est pas exécutée par la faute de ces préposés (disons plutôt ici agents) comme dans l'exemple que nous venons de donner, le préposant (disons plutôt ici le débiteur) est censé avoir failli à son obligation. Donc il est responsable des faits de ses agents. C'est une responsabilité à raison du fait d'autrui. Mais ce n'est plus l'article 1384 qui domine et sanctionne cette responsabilité. Nous sommes dans le domaine de l'effet des obligations. Cette responsabilité est contractuelle et se relie au chapitre III du titre III du Code civil.

Un exemple nous montrera la différence entre ces deux sortes de responsabilité d'une personne à raison des faits d'une autre. Un propriétaire d'immeuble a un concierge. Ce concierge est son préposé au sens de l'article 1384 et il est aussi son aide pour exécuter ses obligations de bailleur envers les locataires. Parmi ces obligations se trouve celle de faire parvenir aux locataires les lettres à eux destinées. Le bailleur comme d'habitude a recours au concierge pour l'aider à se libérer de cette obligation. Le concierge, par malveillance ou par négligence, ne fait pas parvenir une lettre à un locataire.

qui souffre de ce fait un certain dommage. Le bailleur est responsable du fait de son concierge, mais cette responsabilité est contractuelle parce que le fait dommageable a été au fond l'inexécution de l'obligation imputable au bailleur. *

Supposons, au contraire, qu'un concierge, en faisant voir un appartement à louer à des clients, profère des propos diffamatoires contre le propriétaire d'un immeuble voisin pour les dissuader de louer de chez celui-ci. Le lien de préposition existe, d'après le critérium que nous exposerons dans le chapitre suivant, entre le propriétaire de l'immeuble et le concierge; le délit que vient de commettre ce dernier est commis dans l'exercice de ses fonctions. Le propriétaire en est donc responsable, mais cette responsabilité est délictuelle et repose cette fois sur l'article 1384.

Dans le premier exemple, l'action de responsabilité s'engage entre deux personnes unies par un lien contractuel, le bailleur et le locataire. Dans le deuxième elle s'engage entre deux personnes qui, avant le délit, ne se connaissaient pas juridiquement, le maître et la victime.

De cette distinction, résultent plusieurs conséquences. Ce sont exactement celles de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle : nécessité de mise en demeure, compétence, délai de prescription, calcul de l'indemnité, etc., etc. (1).

Après avoir montré la différence entre ces deux sortes de responsabilité, il nous faut poser cette question : quel est le fondement de la responsabilité contractuelle des faits d'autrui, pourquoi le débiteur doit-il répondre des faits de ses auxiliaires ?

Voyons d'abord les textes. En droit français, il n'existe pas de texte expressément relatif à cette responsabilité. Au

(1) V. LALOU, *La responsabilité civile*, pp. 150 et suiv.

contraire en droit allemand et en droit suisse, on trouve des textes spécialement consacrés à la question.

Aux termes de l'article 275 du Code civil allemand le débiteur est libéré par tout événement qui rend impossible l'exécution de l'obligation dans les termes du contrat, pourvu que cet événement soit survenu sans sa faute. C'est le droit commun. En l'appliquant strictement, on libérera le débiteur s'il démontre que l'inexécution de son obligation ne provient pas de sa faute à lui, mais de celle de son auxiliaire. Or, c'est pour obvier à cette injustice que l'article 278 du Code civil allemand intervient. Il est ainsi conçu : « Le débiteur doit répondre de la faute de son représentant légal et de celles des personnes dont il se sert pour l'exécution de son engagement dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle. » L'article 101 du Code fédéral suisse donne plus de précisions : « Celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui, ou des employés, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail (1). »

Pour expliquer cette dérogation au droit commun plusieurs théories ont été soutenues en Allemagne ; nous ne relevons qu'une seule théorie acceptée par M. Saleilles ; c'est l'explication par la garantie tacite que le débiteur a donnée à raison des faits de ses auxiliaires (2). M. Saleilles nous dit : « Mais lorsque la question se pose à propos d'un débiteur, et que la cause de l'inexécution de son obligation est imputable à son subordonné ou à celui qu'il emploie, les choses changent de face, car il est possible que le débiteur ait entendu répondre

(1) BECQUÉ, *Revue trimestrielle*, 1914, pp. 272 et suiv.

(2) V. SALEILLES, *Oblig.*, pp. 16, 21 et 406.

des faits de ses employés, et la question est de savoir si cette clause doit être sous entendue. »

M. Becqué critique cette théorie comme explication de la responsabilité contractuelle des faits d'autrui : « En examinant la question sans prévention, nous dit-il (1), on ne peut pas ne pas reconnaître que cette doctrine ne repose pas sur la réalité des faits et qu'elle se réduit à une pure fiction : on suppose une volonté qui n'existe pas ; car comment admettre que le débiteur qui use de la faculté légale d'appeler des auxiliaires, veuille contrairement à ses intérêts, assumer une responsabilité de leur fait en faveur de son cocontractant, c'est-à-dire de son adversaire dans la lutte économique ? Le contrat est un conflit d'intérêts qui se concilient dans une sorte de transaction : il faut donc, dans l'interprétation de la volonté des parties, admettre que chacun n'a consenti que ce qu'elle a expressément déclaré et il est invraisemblable de supposer qu'un des contractants, en dehors de sa volonté formelle, a accepté une charge contraire à ses intérêts. La vérité, c'est que la loi, et elle seule, impose cette garantie au débiteur contre sa volonté, dans l'intérêt général, et si l'on veut encore parler de garantie ce n'est plus de garantie contractuelle tacite qu'il faut parler, mais de garantie présumée, de garantie légale. »

Donc, les vraies raisons de cette garantie présumée sont des considérations d'intérêt général et d'équité.

C'est une mesure d'équité parce qu'en fait les auxiliaires ne pourront pas répondre de leurs fautes et parce qu'ils sont insolubles dans la majorité des cas. Il ne reste dans le champ juridique que deux personnes, le créancier et le débiteur. Entre les deux, on ne doit choisir que le second pour supporter les conséquences de la faute de l'auxiliaire.

(1) *Op. cit.*, p. 281.

On aurait pu se contenter de la faute effective du débiteur dans le choix de l'auxiliaire ou dans la surveillance que le débiteur doit exercer sur lui, pour le rendre responsable de la faute de l'auxiliaire, en considérant que cette dernière faute n'est que la conséquence de celle du débiteur dans le choix ou dans la surveillance. Mais admettre cela est une injustice. Cette preuve de la culpabilité *in eligendo* ou *in vigilando* sera très difficilement administrée dans les cas de grandes industries : « vouloir exiger une faute personnelle du débiteur, ce serait assurer aux gros industriels une situation privilégiée, ce serait en outre aboutir à un traitement inégal entre la petite et la grande industrie ; car tandis qu'on découvrirait facilement la faute du petit artisan qui participe directement à l'exécution du travail, les gros industriels, qui restent étrangers à cette exécution, bénéficieraient de l'irresponsabilité, la preuve d'une faute personnelle étant impossible » (1).

Et c'est encore une nécessité économique très impérieuse que de présumer cette faute. D'une part la division du travail est très poussée à cause du développement de l'industrie, des grandes entreprises, et du progrès du commerce. Une seule affaire exige dans les temps modernes la coopération de diverses activités ; dans la production de la moindre chose, chacun donne une part plus ou moins grande. D'autre part les conflits d'intérêts deviennent aigus et l'opposition plus acerbe. On voit bien par là, combien il importe de savoir si l'industriel doit répondre, d'une façon absolue, des fautes de ses auxiliaires. « L'économie moderne repose sur l'échange et le crédit ; l'accomplissement ponctuel des obligations a aujourd'hui une importance décisive, plus considérable qu'autrefois : chaque affaire ne peut plus être envisagée isolément, elle constitue un anneau d'une longue chaîne de spéculations reliées

(1) BECQUÉ, *op. cit.*, pp. 282 et 283 ; SALEILLES, *Oblig.*, p. 17.

entre elles, et la réussite de chacune est la condition de l'accomplissement de toutes les autres (1). » Il est évident que le moindre trouble dans l'un des éléments d'une obligation aura une répercussion sur les autres éléments ce qui exigera que l'exécution de l'obligation soit précise. Pour assurer cet accomplissement précis, il est nécessaire de rendre le débiteur responsable d'une manière absolue du fait de ses auxiliaires.

Voyons maintenant l'état des textes en droit français. Nous avons vu qu'en droit allemand l'article 271 pose un principe de droit commun, d'après lequel le débiteur n'est responsable que de sa faute personnelle. L'article 178 est venu déroger au droit commun et imposer au débiteur la responsabilité du fait de ses auxiliaires.

Y a-t-il en droit français des textes comparables aux articles 275 et 278 du Code civil allemand ? Nous avons l'article 1148 du Code civil français d'après lequel « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. » M. Becqué développe une théorie par laquelle il veut suggérer que le fait des auxiliaires n'est pas considéré en droit français comme un cas de force majeure. C'est que la notion de cas fortuit ou de force majeure en droit français n'est pas pareille à « l'impossibilité non fautive du droit allemand ».

Le droit allemand exige un seul élément pour constituer le cas fortuit ou la force majeure : c'est l'absence de faute, c'est-à-dire le défaut d'imputabilité dans la personne du débiteur. C'est pour cela qu'en droit commun le fait de l'auxiliaire est un cas de force majeure, résultat auquel l'article 178 du Code

(1) BECQUÉ, *op. cit.*, p. 283; RENAUD, *La Responsabilité contractuelle des faits d'autrui*, thèse, Paris, 1294, p. 27.

civil allemand a pour objet d'obvier. Or en droit français, cet élément de défaut d'imputabilité ne suffit pas pour constituer le cas fortuit. Il en faut un autre, celui de l'extériorité. Pour que le fait qu'on prétend être un cas de force majeure soit admis comme tel en droit français, il faut d'abord que ce fait ne soit pas imputable au débiteur, et ensuite qu'il lui soit extérieur. L'absence de faute du débiteur ne suffit pas pour constituer la force majeure, si le fait ne lui est pas extérieur. Or le fait de son auxiliaire ne lui est pas sans doute extérieur.

M. Becqué étaye sa théorie sur le texte de l'article 1147, Code civil français, d'après lequel : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une *cause étrangère qui ne peut lui être imputée*, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

« Qui ne peut lui être imputée », c'est bien l'élément de non-imputabilité, de l'absence de faute de la part du débiteur. « Cause étrangère », voilà bien, d'après M. Becqué, l'extériorité requise ; interpréter cette expression dans le sens de non-imputabilité, ce serait admettre que la loi répète, sans raison, deux fois la même chose, puisqu'elle aurait fait deux fois allusion à la non-imputabilité. Il apparaît donc manifestement que la loi requiert deux éléments distincts pour qu'il y ait force majeure, la non-imputabilité et l'extériorité (1).

En dépit de ce raisonnement ingénieux, il nous semble que le législateur français en parlant de cause étrangère n'a pas entrevu ou n'a pas pu entrevoir la signification de cette clause dans le sens que lui donne M. Becqué. En effet, le Code fran-

(1) BECQUÉ, pp. 285-286.

çais a négligé de parler de l'effet du fait de l'auxiliaire sur la responsabilité du débiteur. Mais cela admis, on ne saurait donner une autre solution que celle admise par le droit allemand; les raisons impérieuses d'équité et d'ordre économique qui ont inspiré l'article 278 du Code civil allemand n'en existent pas moins en droit français, même en l'absence du texte. C'est une règle d'équité et d'ordre public. L'existence ou l'absence de texte ne peut pas avoir un effet sur son application.

Nous avons remarqué dans notre introduction que dans la jurisprudence moderne on relève une confusion entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle à raison du fait d'autrui. La raison de cette confusion vient de ce que dans les deux cas la responsabilité est absolue. En effet dans l'une et l'autre alternative elle repose sur une présomption irréfragable. Dans le cas de responsabilité du commettant des faits de ses préposés, le commettant est présumé en faute, et il n'a pas le moyen de se disculper. C'est une responsabilité absolue. Dans le cas du débiteur, la faute de son auxiliaire est présumée la sienne propre. Il ne peut pas s'en détacher, c'est aussi une responsabilité absolue. C'est cette similitude dans les deux sortes de responsabilité qui a engendré la confusion. La jurisprudence devant l'une et l'autre de ces responsabilités se contente de renvoyer, dans la plupart des cas, à l'article 1384 (1). L'intérêt de la distinction n'est donc pas impérieux (2).

Mais en droit allemand la confusion n'existe pas, parce que la distinction de ces deux sortes de responsabilités est particulièrement nette. Il y a un intérêt à savoir si la responsabilité d'une personne à raison du fait d'une autre est délictuelle ou

(1) BECQUÉ, p. 288; LALOU, *La Responsabilité civile*, pp. 150 et suiv.

(2) V. cependant plus loin la deuxième partie.

contractuelle. C'est qu'elle n'est pas, comme en droit français, absolue dans les deux cas. Dans le cas de responsabilité délictuelle du commettant, la présomption de faute n'est pas absolue ; le commettant peut se disculper, « si le maître de l'affaire — soit au point de vue du choix de la personne préposée, soit, dans la mesure où il doit fournir des appareils ou des ustensiles et diriger l'exécution de l'ouvrage, au point de vue de ce qu'il avait à fournir ou de la direction qui lui incombait — a apporté le soin requis dans les rapports d'usage, ou si le dommage même à supposer que pareil soin eût été apporté, aurait dû encore se produire... » (art. 831, C. civ. allemand). L'article 832 consacre le même principe pour le cas de la responsabilité du surveillant légal d'autrui et les articles 55 et 333 du Code fédéral suisse posent les mêmes principes.

Cette différence de situation entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle peut paraître très bizarre dans certaines de ses conséquences. En voici un exemple donné par Schneider et Ficket cité par Virgile Rossel (1). Un voiturier entreprend le transport d'une certaine quantité de houille, il confie cette besogne à un domestique qui se met en route avec deux voitures pesamment chargées ; arrivé à une descente, le conducteur des attelages néglige d'enrayer, et l'une des voitures va rouler au fond d'un précipice après avoir écrasé un enfant qui se trouvait sur le chemin : le voiturier peut échapper à l'action du père de l'enfant, envers lequel il y a responsabilité délictuelle du fait de son domestique, tandis qu'il doit forcément des dommages intérêts au propriétaire de la fabrique pour la houille perdue par suite de la faute de son auxiliaire.

(1) *Manuel du Droit fédéral des obligations*, 1892, p. 132 ; BECQUÉ. *op. cit.*, p. 289.

En droit français cette situation n'existera pas dans le cas du commettant. De toute façon sa responsabilité est absolue. Mais elle existera par exemple dans le cas où le père se sert de son enfant comme auxiliaire. Il sera responsable de cet enfant d'une manière absolue, en tant qu'auxiliaire. Tandis qu'il peut se disculper de sa responsabilité délictuelle à raison de cet enfant en tant qu'il est son propre enfant.

CHAPITRE II

La Notion du Préposé

Ce chapitre sera avant tout une analyse de la jurisprudence de laquelle nous comptons dégager un critérium suffisant pour distinguer le lien de préposition, et sur laquelle nous émettons notre appréciation au fur et à mesure de nos développements.

Dans une première section, nous poserons les principes de ce critérium et toutes les mises au point qu'il doit comporter et qui sont indispensables si l'on veut établir des solutions nettes et précises. Dans cette même section nous discuterons le rapport de la notion de louage d'ouvrage et de louage d'industrie, avec celle du préposé, et nous dégagerons une comparaison avec la jurisprudence sur la loi du 9 avril 1898 qui viendra appuyer le critérium que nous poserons.

Dans une deuxième section, nous examinerons les cas, hors celui de louage de service et d'industrie, dans lesquels la notion du préposé peut exister.

Dans une troisième section, nous exposerons les difficultés qui surgissent dans les cas d'attributions de la qualité du commettant.

Dans une quatrième section, nous discuterons la possibilité de l'existence du lien de préposition dans les rapports du mandant et du mandataire, ainsi que la responsabilité contractuelle du commettant.

SECTION I^{re}. — *Position des principes
et rapport de la notion de louage de service et d'industrie
avec celle du préposé.*

La jurisprudence nous donne un critérium de principe, précisé par des modifications de détail. Nous essayerons d'apprécier si ce critérium est suffisant, s'il est cohérent et méthodique, et s'il satisfait notre sentiment de justice. La formule jurisprudentielle se trouve dans des centaines d'arrêts qui ont statué sur la responsabilité du commettant. Donnons comme exemple celle qui figure dans les attendus de la Chambre criminelle du 20 août 1847 (1).

« Attendu que la responsabilité à laquelle l'article 1384 soumet les commettants ne dépend pas seulement de ce qu'ils ont choisi leurs préposés, mais suppose en outre, qu'ils ont le droit de leur donner des ordres et instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles ils les emploient, autorité sans laquelle il n'y a pas de véritables commettants (2). »

On voit par là que ce qui constitue le lien de préposition aux yeux de la jurisprudence, ce sont ces deux éléments, le choix, et le droit de surveillance et de direction de la part du commettant, ce qui se traduit chez le préposé par une subordination. Si un de ces deux éléments fait défaut, le lien de préposition n'existe pas et par suite le prétendu commettant ne sera pas civilement responsable des délits du prétendu préposé.

(1) S. 47, 1. 855.

(2) V. aussi Tr. de Marseille, 27 mai 1874, D. P. 80. 2. 243; Cass. civil, 23 octobre 1886, D. P. 87.2.6 et Req., 7 avril 1894, G. P., 1924, 2. 160, et Cour d'Alexandrie, 14 janvier 1897, *Gazette des tribunaux mixtes*, IX, 118.

C'est en application de cette formule que le Tribunal de Marseille le 18 mai 1870 (1) affirmait que le manque de choix supprime le lien de préposition dans les circonstances suivantes : Un élève dans un lycée blesse un de ses condisciples. Le père du blessé assigne le père du coupable et le proviseur du lycée en dommages-intérêts. Le proviseur attaqué sur le terrain de l'alinéa 4 de l'article 1384, prouve qu'il n'a pas manqué de surveillance, qu'il n'a pas commis de faute. Cette preuve il peut l'administrer, sa responsabilité comme instituteur étant basée sur une présomption *réfragable*. Dégagé de ce côté, le proviseur est actionné sur un autre chef. On veut, en effet, le rendre responsable de la faute (manque de surveillance) des agents placés sous ses ordres, dont la négligence a été la cause du délit de l'élève. C'était déplacer la responsabilité du proviseur de l'alinéa 4 à l'alinéa 3 de l'article 1384. On voulait ainsi le considérer le commettant de ses agents. Or le Tribunal, pour refuser au proviseur la qualité de commettant, nous donne cette raison. « Qu'il ne saurait, d'ailleurs, répondre des fautes ou défaillances d'agents *placés sous ses ordres, mais dont le choix ne lui appartient pas*, et dont le nombre et les attributions sont absolument indépendants de lui... »

A l'inverse la Cour de cassation, (Chambre civile, le 25 octobre 1886) (2) a cassé un arrêt de la Cour de Marseille, qui se contentait du choix d'un instituteur communal par une association religieuse vouée à l'enseignement, pour rendre cette association civilement responsable du délit de l'instituteur dans les fonctions par lesquelles l'association l'avait choisi. La Cour de cassation nous dit dans ses motifs :

(1) D. P. 1872, 2. 131.

(2) D. P. 87, 1. 226 et la note, S. 87. 4. 57, et BARTIN sur AUBRY et RAU, t. VI, p. 381.

« Attendu que la responsabilité que l'article 1384 du Code civil fait peser sur les commettants ne suppose pas seulement qu'ils ont choisi leurs préposés, mais encore que les commettants ont le droit de donner aux préposés des ordres et des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles ces derniers sont employés. »

La jurisprudence entend très largement l'élément du choix. C'est ainsi qu'elle juge que le commettant est responsable du préposé de son préposé. Ce choix de deuxième main ne fait pas obstacle au premier et ainsi la responsabilité du commettant se maintient, pourvu que les autres conditions de sa responsabilité ne fassent pas défaut. C'est ainsi que la Chambre des requêtes dans son arrêt du 2 novembre 1855 (1) a statué dans ce sens, que la compagnie d'assurances (dont le directeur n'est que le préposé) est civilement responsable du délit de propos diffamatoires contre une autre compagnie tenus par un agent choisi par le directeur de la première compagnie en vertu d'une délégation de celle-ci. Ainsi la compagnie répondait des délits de son sous-préposé. La même Chambre dans son arrêt de 1^{er} novembre 1919 (2), statuait dans le même sens. Le sieur S... voulait acheter une automobile. Il s'adresse au sieur D..., commerçant d'automobiles. Ce dernier met à la disposition du premier une automobile pour l'essayer, conduite par l'employé de D... Au cours de la route cet employé cède la conduite de la voiture à une autre personne. Arrive un accident. Le sieur D... a été considéré civilement responsable du délit de ce sous-préposé.

Mais cette interprétation large est parfois poussée par la jurisprudence jusqu'à une limite qui nous fait douter de la stabilité de cet élément et qui nous fera poser la question de

(1) D. P. 56 1. 353.

(2) G. P. 1919 2. 347.

la nécessité même de son existence. Nous commencerons par donner les espèces les plus saillantes qui ébranlent plus ou moins l'élément de choix, et nous donnerons ensuite nos conclusions.

C'est ainsi que l'arrêt de la Chambre des requêtes du 20 février 1918 (1) a condamné un trésorier payeur général, comme civilement responsable du délit de détournement de fonds commis par son caissier. Le trésorier payeur général se défendait en disant que l'élément de choix indispensable pour constituer la responsabilité du commettant, faisait défaut, puisque au moment de sa nomination il avait trouvé R..., l'inculpé, comme caissier, qu'il s'était borné à le maintenir dans ses fonctions, et que l'application de l'article 1384 dans ce cas serait une violation du décret du 6 novembre 1907 sur l'organisation du personnel des trésoreries générales qui a créé un état de choses administratif exclusif de l'application de l'article 1384. La Cour a passé outre, et a considéré que les deux éléments de choix et de surveillance existaient. Dans ses motifs, elle dit : « Attendu que si le décret du 6 novembre 1907 a créé un corps d'employés de trésoreries recrutés au concours, l'article 8 de ce décret dispose que les caissiers de trésoreries générales sont choisis par les trésoriers payeurs généraux parmi les commis principaux ou parmi les commis ordinaires, les trois premières classes comptant..., attendu qu'ayant le droit de choisir ses caissiers aux termes de l'article 8 du décret du 6 novembre 1907, il (le trésorier) pouvait à son gré, soit le remettre à la disposition de l'administration supérieure, soit le conserver dans ses fonctions ; que l'ayant maintenu dans son emploi, il doit être réputé l'avoir choisi comme préposé ; qu'ainsi la première condition

(1) S. 1921. 1. 361 et note de M. Delpech.

de la responsabilité édictée par l'article 1384, à savoir le choix du préposé, se trouvait rempli... (1). »

Dans une autre espèce, il a été jugé qu'une entreprise de navigation fluviale est responsable de la perte d'une péniche, survenue par la faute du pilote d'un de ses vapeurs, dont la maladresse a causé la collision. Pourtant le choix de ce pilote était plus que restreint, puisque c'était un soldat mis par l'autorité militaire à la disposition de l'entreprise. Le fait que l'entreprise avait accepté ce soldat et lui payait, par la suite, un salaire en rémunération du travail qu'il exécutait a été considéré comme suffisant pour constituer l'élément de choix (2).

Il y a une autre série d'arrêts qui interprètent largement l'élément de choix, mais qui concernent un point spécial. C'est la responsabilité des villes et des communes des faits des agents de police.

Un agent de police étant dans un état d'ivresse, fait feu sur la foule et blesse quelqu'un. Procès contre la commune de Marseille. Le Tribunal civil de Marseille dans son jugement du 27 mai 1879 (3) a acquitté la commune considérant que les conditions de choix et de surveillance n'ont pas existé. « Attendu qu'en effet aux termes de l'article 3 de la loi du 20 janvier 1874, les inspecteurs, brigadiers et agents de police dans les communes au rang desquelles se trouve la ville de Marseille, sont nommés par le maire et agréés par le préfet, qu'ils peuvent être suspendus par le maire, mais que le préfet peut seul les renvoyer. » La Cour d'appel d'Aix affirmait au

(1) V. aussi Cour de Limoges, 26 juin 1916, *Gaz. des Tribunaux*, 1917. 2. 297.

(2) Req. 24 janvier 1923, D. P. 193.1.55; G. P. 1923.1.601; S. 1924. 1223.

(3) D. P. 80. 2. 243.

contraire dans son arrêt du 24 février 1880 (1), la responsabilité de la commune, en considérant que les agents de police sont bel et bien ses préposés et en jetant par-dessus bord l'élément de choix. « Il n'importe pas, nous dit la Cour, que dans les villes d'une certaine importance, les agents de police soient nommés par le préfet, qu'ils ne puissent être révoqués que par lui ; que le maire n'ait que le droit de les suspendre et qu'ils soient rétribués partie sur les fonds de la ville et partie sur les fonds de l'Etat. »

La Cour de cassation, Chambre des requêtes, le 16 mars 1881 (2), a affirmé de son côté la responsabilité de la ville de Marseille. Dans le rapport de M. le conseiller Alméras-Latour, on trouve des considérations très intéressantes. « Mais ici, nous dit-il, il faut remarquer que le droit de choisir, aussi bien que le mode suivant lequel le choix se pratique, ne se manifeste pas toujours par des voies identiques... La Cour voit suffisamment apparaître le concours des autorités. Aucune objection sérieuse ne peut naître de cette dernière considération que le préfet seul doit révoquer les agents de police. C'est là une disposition d'ordre général *qui ne nuit pas à la surveillance que le maire exerce directement sur ces mêmes agents.* »

L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 mars 1923 (3) statue dans des circonstances pareilles. L'arrêt rendait la ville de Paris responsable des faits des agents de police qui ne relèvent ni de son choix, ni de sa surveillance, mais de ceux de l'Etat, représenté par le Préfet de police. La Cour dit dans ses motifs : « Attendu qu'il importe peu que, dans la ville de Paris, le pouvoir municipal

* (1) Référence ci-dessus.

(2) D. P. 81, 1. 194.

(3) G. P. 1923. 1. 608, D. P. 1923, 1. 137 et note de M. Appleton, S. 1923, 1. 385 et note de M. Roux.

soit, en ce qui concerne la police, exercé non par un Maire, mais par le Préfet de police qui est l'agent direct du gouvernement et qui représente l'Etat ; que si les gardiens de la paix sont nommés par lui et relèvent exclusivement de son autorité, ils sont, en tant qu'il s'agit du maintien de l'ordre sur la voie publique, chargés d'assurer un service qui incombe à l'autorité municipale ; que la nature même de ce service leur imprime dans ce cas le caractère d'agents communaux, et crée entre eux et la ville de Paris, pour le compte de laquelle ils exercent leurs fonctions, les rapports de droit qui lient le commettant et le préposé. »

Nous voilà ici devant un arrêt qui fait table rase des deux éléments de choix et de surveillance. Entre la jurisprudence qui le précède et celle qui le suit, cet arrêt, avec quelques autres que nous signalerons d'ailleurs au fur et à mesure de la fixation des principes qui précisent la notion du préposé, reste isolé. C'est donc avec raison que M. Appleton, dans sa note sur cet arrêt au Dalloz, critique l'attribution de la responsabilité à la ville de Paris représentée par le Préfet de la Seine, parce que la ville par l'organe de son représentant qu'est le Préfet de la Seine n'exerce ni le choix ni la surveillance des agents de police (1).

(1) M. Appleton discute même si le service de police de Paris est un service municipal. C'est plutôt un service de l'Etat « Paris est une capitale : c'est le centre politique, administratif, et à beaucoup d'égards, le centre financier, économique et intellectuel de la nation. La sécurité publique, l'ordre dans la rue, y sont une affaire nationale au premier chef, c'est pourquoi la police y est exercée par l'Etat. Un phénomène de même nature s'est produit pour d'autres grandes villes : Lyon (L. de 1884) ; Marseille (L. de 1908), etc... ». Ce point de vue est appuyé par un arrêt de la Chambre civile du 3 mai 1906, (D. P. 1909, I. 97) qui a, d'ailleurs, reconnu que les agents de police ne sont les préposés des communes, en ce qui concerne l'article 1384 que dans les villes autres que Paris, Lyon et annexes. M. Appleton discute d'ailleurs

Les espèces que nous avons signalées concernant le choix nous montrent toutes les difficultés que cet élément suscite dans son application. Ces décisions arrivent à faire douter de la solidité de l'élément de choix et peut-être même de sa nécessité. En principe, pour que le droit de choix puisse entraîner la conséquence de la responsabilité, il faut qu'il s'y joigne le droit de révocation; sinon le choix n'aura pas ce caractère spécial d'investir celui qui l'exerce, d'une sorte de supériorité sur laquelle se fonde la responsabilité de l'article 1384. Or dans l'espèce du 24 janvier 1923 sur la responsabilité de la Compagnie de navigation de la faute du pilote (1) il n'y a pas de doute que ce droit de révocation, de

l'application de l'art. 1384 dans les rapports de l'Etat avec les particuliers et paraît douter de la compétence des tribunaux judiciaires dans cette question qui relèverait au contraire du Conseil d'Etat. Il s'appuie sur les auteurs du droit administratif ainsi que sur la jurisprudence administrative fixée depuis l'arrêt Blanco du 8 février 1873 (D. P. 73. 3. 17). C'est une question en dehors de notre sujet et que nous avons écartée dans notre introduction. Nous avons cité ces arrêts sur la responsabilité des communes, parce qu'on y appliquait l'art. 1384.

M. Roux dans sa note sur le même arrêt au Sirey (1923.1.385), expose une théorie originale pour approuver l'arrêt de la Chambre criminelle. Il établit une comparaison entre la responsabilité du mineur, représenté par son tuteur des faits de ses préposés qu'il n'a pas choisis et qu'il ne peut pas surveiller. « La fiction de représentation, dit M. Roux, qui est à la base de la théorie de l'incapacité, fait remonter jusqu'à la personne du représenté la présomption de fautes qui se rencontrent dans la personne du représentant. Dès lors, puisqu'il s'agit aussi, pour les communes, de personnes incapables, obligées d'agir au moyen de représentants, et que c'est également sur l'art. 1384 que l'on fonde leur responsabilité civile à raison des faits de leurs préposés, il n'y a plus, semble-t-il, d'objection à déduire du fait que l'incapable n'a ni choisi ni dirigé ceux-ci, du moment que choix et direction ont appartenu à son représentant légal ».

(1) Arrêt précité, p. 71.

renonciation au service du pilote appartenait à la Compagnie. Il est vrai que son choix se présentait d'une façon assez restreinte puisque la Compagnie se contentait d'accepter le pilote mis à sa disposition par l'autorité militaire, mais malgré tout c'est un choix proprement dit.

Au contraire, dans l'arrêt du 20 février 1918 sur la responsabilité du trésorier payeur général, ce droit de révocation n'existe pas. Malgré le raisonnement de la Cour que nous avons précité, on ne saurait discuter que c'est un choix tellement limité qu'il perd son caractère principal. C'est un cas dans lequel l'article 1384 ne s'applique pas. La notion de préposé telle qu'elle ressort de l'analyse de la jurisprudence et sous la forme que nous préciserons au fur et à mesure de nos développements, n'existe pas dans les rapports du trésorier et du caissier. Mais dans le domaine législatif pur, et en se dégageant du droit positif, on pourrait se demander s'il n'y aurait pas lieu à une responsabilité du trésorier, responsabilité qui ne serait que partielle. Comme le dit M. Esmein dans son article précité (1), « il faut parler d'un régime de responsabilité tarifée et partagée par l'Etat (ou celui qui impose le préposé) dans le genre de celle qu'a institué la loi du 3 mai 1921 ». En fait, la jurisprudence, devant une lacune pareille incline vers la condamnation, à cause de cet état de subordination, imparfaite, il est vrai, qui existe entre le trésorier et le caissier dans ce cas spécial.

Quant à l'arrêt du 16 mars 1881 de la Chambre des requêtes, les mêmes considérations s'imposent. Le maire a de l'autorité sur les agents de police, dans les villes autres que Paris, Lyon et annexes (et Marseille avant la loi de 1908, c'est-à-dire au moment de l'arrêt), mais c'est une subordination incomplète,

(1) *Revue critique*, 1924, p. 204.

puisque'il n'a pas le droit de révoquer les agents. Ce droit appartient à une autre personne, au préfet. Mais il faut noter que, dans le cas de responsabilité des communes, d'autres considérations d'ordre administratif viennent compliquer la situation d'une façon telle que l'application de l'article 1384 ne se trouvera jamais dans un état aussi net que lorsqu'il s'agit de la responsabilité des particuliers.

Dans les cas de la responsabilité de la ville de Paris et annexes (le cas de l'arrêt de la Chambre criminelle du 15 mars 1923) la subordination des agents de la ville (représentés par le Préfet de la Seine dans le cas de Paris) n'existe pas, même imparfaite. Admettre qu'on peut appliquer l'article 1384 dans ce domaine et déclarer la ville responsable des faits des agents de police est une erreur, puisque la ville n'a aucune autorité sur les agents.

De cela il résulte que l'élément de choix reste sur un plan secondaire. En effet le lien de proposition suppose un état de subordination. Le choix ne compte qu'en tant qu'il vient renforcer cet état de subordination. Hors de ce fonctionnement, il ne doit pas compter; et puisque'il faut une subordination effective, le droit de direction, de surveillance, d'ingérence ne suffit pas, il faut aussi le droit de révocation. Or le choix dans la plupart des cas, et surtout dans le cas où il est un choix libre, contribue à donner ce renforcement, parce qu'il coïncide avec le droit de révocation. C'est ce qui fait que la jurisprudence en parle toujours; pour s'exprimer plus nettement et plus précisément, elle aurait dû remplacer le mot « choix » par le mot « droit de révocation ». Et par conséquent, tant que ce droit de révocation existe, peu importe le mode d'après lequel le choix se manifeste. Cette façon de voir n'est pas, en effet, une suppression de l'élément de choix, mais c'en est une mise au point.

Ceci posé, on pourra dire qu'en règle générale le lien de préposition se déduit du contrat de louage de services. Le chauffeur privé, payé au mois, est le préposé de son maître, propriétaire de l'automobile.

Au contraire, le louage d'industrie en général ne crée pas ce lien. Un propriétaire de terrain charge un entrepreneur de lui construire une maison. Il n'est pas responsable des fautes commises par cet entrepreneur ou par les préposés de celui-ci au cours des travaux.

Mais en réalité, le lien de préposition naît plutôt d'une situation de fait. Des personnes qui sont liées avec d'autres par des contrats de louages d'industrie sont considérées, néanmoins, comme les préposés de celles-ci parce que le lien qui les rattache effectivement crée une situation de subordination et de dépendance physique, suffisante pour créer le lien de préposition.

Une comparaison avec la jurisprudence qui regne dans l'application de la loi du 9 avril 1898 et qui concerne la détermination de la qualité d'ouvrier, nécessaire pour l'application de cette loi, sera très édifiante à ce sujet.

Dans les premiers temps, la jurisprudence, pour distinguer un ouvrier d'un entrepreneur, se servait d'un critérium précis : si la personne engagée travaille au temps (à la journée, à la semaine, au mois) c'est un ouvrier ; si elle travaille à la tâche c'est un entrepreneur, et ce dernier ne profite pas par la suite de la loi de 1898. C'est une distinction qui se rapproche de la règle générale (qui ne compte pas en fait) qu'on serait tenté de poser pour distinguer les contrats qui créent le lien de préposition.

Mais depuis déjà longtemps, la jurisprudence a abandonné cette façon de voir. Elle considère que la situation d'ouvrier et de maître d'entreprise est une situation de fait, ce qui cor-

respond à la méthode qu'on doit suivre pour déterminer le lien de préposition. Cette situation de fait (en ce qui concerne l'application de la loi de 1898) est aussi une situation de dépendance, une dépendance physique.

Ainsi la Chambre des requêtes (1) a considéré qu'une convention de travail à la tâche (abattage d'arbres) constitue, bien que l'ouvrier ait touché un prix déterminé et fixe, un contrat de louage de services qui rend l'ouvrier bénéficiaire de la loi de 1898. La Cour s'est attachée pour déterminer la qualité d'ouvriers à ce fait qu'il travaillait *sous la surveillance du patron*.

La Cour de Bordeaux (2) a appliqué la même règle à un ouvrier qui travaillait, pour le compte d'un marchand de papiers peints, au collage de papiers, parce qu'il était soumis à la surveillance du marchand qui lui désignait les travaux à faire. Le fait que l'ouvrier se servait de ses propres outils a été jugé indifférent par la Cour (3).

Le fait qu'un terrassier, travaillant à la tâche, avait la faculté de se faire aider par d'autres ouvriers de son choix n'a pas empêché la Cour d'Amiens (4) de le considérer comme un ouvrier au sens de la loi de 1898, tout au plus comme un contremaître, parce qu'il recevait des ordres du patron pour se transporter d'une carrière à une autre, et qu'il travaillait sous la surveillance et suivant les instructions d'un préposé de son patron. Le fait même que les visites du préposé du patron étaient rares n'empêchait pas aux yeux de la Cour l'existence de cette surveillance.

(1) 24 juin 1908, D. P., 1911, 1. 35.

(2) 26 mars 1907, D. P., 1907, 5. 40.

(3) V. dans le même sens, Cour de Dijon, 1^{er} mars 1926, D. H., 1926, p. 339.

(4) 20 mars 1900, D. P., 1900, 2. 268.

Le jugement du Tribunal de Cherbourg (1) en appliquant la loi de 1898 aux ouvriers payés à la tâche dans une carrière, et qui n'étaient même pas obligés de faire leur travail à des heures fixes, donnait des motifs très intéressants : « ...le contrat de louage de services établit entre les parties un lien de subordination, en vertu duquel le patron peut donner à l'ouvrier des instructions et imposer l'exécution du travail et lui prescrire l'emploi des précautions qu'il juge utiles pour éviter des accidents, et le congédier s'il n'est pas satisfait de ses services ; ...si la surveillance du patron sur les ouvriers à la tâche n'est pas de tous les instants, le droit de l'exercer et le lien de subordination qui en résulte n'en existent pas moins. »

Au contraire, il a été jugé (2) qu'un ouvrier (casseur de pierres) qui travaillait à ses pièces avec des outils qui sont sa propriété, ne profitait pas de la loi de 1898 parce qu'il « travaillait dans une carrière appartenant à un tiers et dans des conditions où il échappe à tout contrôle de l'entrepreneur » (3).

On voit par là que la jurisprudence dans sa dernière phase trouve que c'est la dépendance physique, le droit de direction, de surveillance et d'autorité qui crée ce lien de patron à ouvrier, qui donne à ce dernier le droit de profiter de la loi du 9 avril 1898. La jurisprudence a toujours eu soin de souligner cette subordination comme critérium. Le jugement du Tribunal de Cherbourg du 1^{er} juin 1904 nous donne des précisions très précieuses. Il nous dit que ce qui importe c'est le droit de surveiller ; c'est justement ce droit qui crée le lien de subordination. Qu'on exerce ce droit ou non, qu'on l'exerce

(1) 1^{er} juin 1904, D. P., 1905, 2. 478.

(2) Douai, 25 juillet 1900. D. P., 1901, 2. 155.

(3) V. dans le même sens, Réc. 4 janvier 1911. D. P., 1911, 5. 16.

fréquemment ou rarement (1), cela importe peu. Mais ici il faut faire une remarque que nous retrouverons ailleurs à propos de la responsabilité du commettant. C'est que, malgré que le fait de surveillance importe peu, cela n'empêche pas que ce droit de surveiller et de donner des instructions peut résulter tant du contrat de travail lui-même, ce qui est le cas normal, que des faits et des circonstances. C'est une question de fait à trancher que de savoir si ledit patron a ce droit ou non; mais une fois que ce droit est démontré, on ne peut pas priver l'ouvrier du droit de profiter de la loi de 1898 (2).

Ce critérium touche à son déclin, estime M. Savatier, qui s'appuie sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 12 janvier 1922 (3) pour y voir une orientation nouvelle de la jurisprudence. Un ouvrier bûcheron, membre d'une équipe qui travaillait à la tâche et à forfait pour un entrepreneur *et pour laquelle un membre touchait les salaires de toute l'équipe*, mit, par imprudence, le feu à une forêt dans laquelle travaillait l'équipe. L'entrepreneur au compte duquel travaillait cette équipe fut poursuivi comme responsable de la faute du bûcheron d'après l'article 1384. L'entrepreneur pour se défendre soutenait l'indépendance du bûcheron dans le travail tel qu'il était organisé. Cet argument n'a pas été admis par la Chambre criminelle, parce que « une telle organisation destinée à assurer un meilleur rendement, n'avait nullement eu pour conséquence, en l'état des faits constatés, de transformer en une entreprise, le contrat de louage d'ouvrage et de service entre l'entrepreneur et l'ouvrier bûcheron ».

Cet arrêt intervient à propos de la responsabilité du commettant; mais, vu qu'il y a à la base la même notion que celle

(1) Arrêt d'Amiens, du 20 mars 1900, précité.

(2) V. Cass., Req. 4 janvier 1911. D. P. 1911, 5. 15.

(3) D. 1923, 1. 5.

qui existe dans l'application de la loi du 9 avril 1898, M. Savatier nous donne une théorie nouvelle d'ordre général. Il commence par critiquer le critérium de subordination physique qui ne permettrait pas de dénier la qualité d'entrepreneur aux ouvriers bûcherons auxquels on ne peut disputer la qualité d'ouvriers. Il se peut que le bûcheron soit payé en nature, qu'il se fasse aider par d'autres. Un pareil contrat ne se place-t-il pas dans le cadre traditionnel de l'entreprise? (1) M. Savatier estime que le critérium de subordination physique ainsi que le critérium ancien abandonné par la jurisprudence ne peuvent que donner la qualité d'entrepreneur à des contrats pareils. Or ces bûcherons, malgré ces modes de paiement, malgré la faculté qu'ils ont de se faire aider par d'autres ouvriers, ne sont pas entrepreneurs. D'après lui, c'est la dépendance économique et non pas physique qui caractérise la situation de chef d'entreprise et d'ouvrier (de commettant et de préposé). C'est la condition sociale de l'ouvrier ou du préposé, qui leur donne cette qualité et non la condition physique de dépendance.

Cette théorie nouvelle de M. Savatier qui se présente indifféremment à propos de la responsabilité du commettant et de l'application de la loi de 1898, va nous obliger de nous transporter, au milieu de ce chapitre, sur un terrain de spéculation théorique. Avant de réfuter cette théorie, nous tenons à démontrer que la jurisprudence ne l'a pas adoptée ; si un arrêt ou deux en parlent, c'est timidement et vaguement, et d'ailleurs ces arrêts ont été suivis par d'autres qui adoptent manifestement le critérium traditionnel. M. Savatier se sert pour appuyer sa théorie des arrêts sur la responsabilité du commettant ou sur la loi de 1898 indifféremment ; nous ferons de même.

(1) V. note Dalloz, 1924. 2. 73.

D'abord l'arrêt de la Chambre criminelle sur lequel s'appuie M. Savatier ne semble pas avoir voulu adopter cette théorie nouvelle, puisqu'il ne semble pas vouloir « prendre une position de principe ». Comme le dit M. Esmein (article précité) (1), nous sommes en présence d'un arrêt de rejet, qui répond au pourvoi d'un entrepreneur condamné en qualité de commettant, lequel soutient que ses ouvriers sont eux-mêmes des entrepreneurs parce qu'ils travaillent à forfait et se font payer collectivement, et l'arrêt dit simplement : des faits constatés, il ne résulte pas qu'ils fussent effectivement des entrepreneurs. La Cour s'est placée sur ce terrain pour répondre au pourvoi qui s'y était placé lui-même. »

La théorie de M. Savatier a été ouvertement adoptée récemment par le Tribunal de Wassy (2). Mais la nécessité de dépendance physique résulte nettement de ce jugement malgré son adhésion ouverte à la théorie de M. Savatier. Dans ses attendus, le Tribunal dit : « le risque professionnel dérivant du lien de dépendance et de subordination, existe dans le premier cas (contrat de louage de service) tandis que dans le cas de contrat d'entreprise nettement caractérisé, il se trouve nettement exclu ». Il s'agit bien, dans l'esprit du rédacteur du jugement, de la dépendance physique. Cela nous paraît plus certain encore quand il dit ensuite, « qu'une circonstance doit *également* être retenue ; la personnalité de l'ayant droit, et qu'une doctrine toute récente présentée par M. Savatier, s'attache à la condition sociale du préposé, plutôt qu'à la nature du contrat qui le lie à son commettant. » Quand elle est ainsi présentée, nous sommes d'accord avec cette doctrine du jugement du Tribunal de Wassy. Car on ne peut pas nier

(1) P. 192.

(2) 17 juin 1925. G. P. 1925. 2. 409.

que la condition économique ait un effet sur la distinction entre la qualité d'ouvrier et celle d'entrepreneur. Mais cette condition sociale toute seule ne suffira pas pour donner une démarcation nette et ferme. Au fond elle n'est qu'un résultat de la dépendance physique.

Récemment (le 16 janvier 1922), la Chambre civile a considéré un tâcheron comme un entrepreneur, simplement parce qu'il ne dépendait pas de la surveillance du patron (1).

La Cour de Dijon, plus récemment encore (2), consacre purement le critérium habituel de la jurisprudence. Dans son second arrêt elle statue sur le cas d'un individu qui a pris à forfait la tâche d'élaguer un lot de platanes; la Cour a constaté qu'il employait ses propres outils et se faisait aider par un autre ouvrier qu'il payait; elle constate ensuite qu'il n'était pas « soumis à la dépendance et à la subordination de la ville qui n'était en aucune façon son patron ». Dans ses motifs la Cour nous dit « que la question de savoir s'il était ou non un ouvrier au service de la ville, lui ayant loué son temps et son travail, ou bien un entrepreneur d'un ouvrage à effectuer, doit être résolue en considération non pas de la condition sociale de l'accidenté, mais exclusivement du contrat qui le liait à la ville de Saint-Dizier ».

Cette idée de subordination économique, même au point de vue théorique, et même si elle est présentée comme une base pour la jurisprudence de l'avenir, quand il s'agit de déterminer le lien de préposition et la qualité d'ouvrier, ne nous satisfait pas. D'abord elle nous donne un critérium très peu précis pour déterminer ce lien de préposition. Cette détermination est déjà très difficile, et même notre critérium d'autorité et de subordination physique n'est suffisant qu'avec les

(1) S. 22. I. 277.

(2) 1^{er} mars 1926, D. H. 1926. P. 339 et 26 mai 1926, G. P. 1926.2.326

prises au point et les déterminations que nous lui ferons subir au fur et à mesure de cette étude. La subordination économique est-elle capable de nous éviter cette difficulté? Nous ne le pensons pas. Se servir d'un critérium de situation économique pour déterminer une situation juridique est une méthode qui se prête à des reproches. Ici, plus qu'ailleurs, c'est évident. Toute personne peut dépendre économiquement d'une autre, tout en ayant dans le même temps un ensemble de personnes qui dépende économiquement de lui. Et d'ailleurs pour donner plus de précision, l'idée de dépendance économique, de l'aveu même de ses partisans, et de la nature même des choses, a pour base l'idée de risque; on est dans la situation d'un commettant, d'un entrepreneur, pour donner un exemple, « quand on travaille et qu'on fait travailler les autres pour son compte, supportant le risque de son travail et de celui des autres, comme corollaire du profit qu'on en tire; on est préposé, quand on ne touche que le prix de son travail, sans spéculation ». Mais le sous-entrepreneur qui s'engage à accomplir une partie du travail du gros entrepreneur, celui de fournir des ouvriers pour un prix déterminé, ne court-il pas des risques (puisqu'il peut être obligé à engager plus d'ouvriers qu'il ne l'a prévu, ou à les payer plus cher)? Pourtant sa dépendance économique envers le gros entrepreneur ne fait pas de doute, quand son rôle se borne à faire travailler des ouvriers.

Et l'ouvrier qui travaille aux pièces ne court-il pas des risques? N'est-ce pas une sorte de spéculation que de travailler aux pièces au lieu de travailler à l'heure? Pourtant sa qualité d'ouvrier ne fait pas de doute.

On voit par là que le critérium économique à lui seul ne suffit pas; il serait trop vague et plein de surprise, puisque

comme le dit M. Esmein (1) « on pourrait, si on suit exclusivement le point de vue économique, considérer le cultivateur comme le préposé du boucher et du meunier, auquel il vend son bétail et son blé ».

On a essayé de préciser l'idée de risque pour éviter les reproches qu'on lui adresse. On lit chez M. Demogue (2) : « Toute personne dirigeant un organisme social qui augmente sa puissance, qui l'enrichit, dont elle a le profit, doit répondre des actes délictueux de ses subordonnés qui en sont comme le risque professionnel... il ne doit cesser d'être responsable que si celui qu'il emploie est une personne indépendante, qui, à elle seule ou avec d'autres, constitue une entreprise ». En parlant des entrepreneurs, en réponse à une critique (3) qu'on lui faisait et d'après laquelle le chef de cet organisme, si on applique cette idée, serait responsable même des entrepreneurs dont il se sert, M. Demogue répond : « mais ceux-ci constituent un organisme indépendant où le chef supporte les conséquences des actes de ses subordonnés, il est naturel de ne pas remonter plus loin dans la voie des responsabilités, et entre deux risques créés de tenir compte seulement du plus direct ».

Est-ce que cette nouvelle définition de l'idée du risque par celle d'organisme nous donne vraiment plus de précision ? Nous ne le pensons pas, parce que l'idée de risque et de dépendance économique ne suffira pas à elle seule à indiquer le moment où un organisme est devenu indépendant de l'autre. Il faut qu'un autre élément survienne pour pouvoir séparer un organisme de l'autre. C'est l'idée d'autorité et de dépendance physique. Dès qu'un travailleur ne reçoit plus d'ordre d'un autre, dès qu'il ne dépend plus de lui physiquement, il

(1) Article précité, p. 197.

(2) Oblig., T. V, pp. 74 et 78.

(3) COLIN et CAPITANT, *Cours de Droit civil*, p. 393.

devient un organisme. La dépendance économique vient après. A vrai dire, la dépendance économique est une partie de la dépendance physique, elle s'absorbe dans elle. Comme l'élément de choix ou plutôt de droit de révocation, elle vise à renforcer la dépendance physique, à en faire un de ses éléments le cas échéant, mais elle ne vient pas s'y ajouter.

C'est ce que nous verrons au fur et à mesure de notre étude.

D'un autre côté, cette théorie de dépendance économique est en contradiction avec le texte de l'article 1384. Cet article parle non seulement des commettants et des préposés, ce qui invoque le lien économique et spéculatif, mais aussi du maître et du domestique, et il donne la même solution pour les deux.

Peut-on dire que le maître spéculé sur le travail de son domestique? N'est-il pas plutôt juste de dire avec M. Planiol que c'est une sorte de consommation, une manière de se payer une nécessité de la vie que de se servir d'un domestique?

.....

Il nous faut maintenant donner des exemples de l'application par la jurisprudence, du critérium d'autorité et de subordination physique, en matière de responsabilité du commettant; après quoi nous donnerons une nouvelle détermination de ce critérium tel qu'il se dégage de la jurisprudence.

La Cour de Nancy (1) a jugé que les architectes et entrepreneurs liés vis-à-vis d'un propriétaire, par un contrat de louage d'ouvrage, ne peuvent pas être considérés comme les préposés de celui-ci; la Cour se base sur ce fait que le propriétaire n'avait pas le *droit de s'immiscer* dans le travail de ceux-ci pour dégager sa responsabilité à raison d'un dommage

(1) 10 novembre 1900, D. P. 1900. 2. 417; V. en même sens, Cour d'appel d'Alexandrie, 22 novembre 1916, *Gazette des Tribunaux mixtes*, XXIX, 64.

causé à un propriétaire voisin au cours de l'exécution des travaux.

Une compagnie de docks s'était adressée à un entrepreneur, pour la manutention des denrées et marchandises qu'elle recevait en dépôt. Cet entrepreneur avait recruté lui-même le personnel nécessaire et était payé à forfait suivant le nombre de tonnes manutentionnées chaque jour. Un incendie s'était déclaré dans le magasin et s'était communiqué aux immeubles voisins par la faute d'un des ouvriers. Le Tribunal civil de Bordeaux (1) a estimé que la compagnie ne saurait être responsable de la faute de l'ouvrier parce que « d'une part, ces ouvriers ne sont pas ses préposés mais ceux de l'entrepreneur de manutention et, d'autre part, on ne saurait considérer les préposés de l'entrepreneur comme des préposés de la compagnie, *si celle-ci n'avait aucun ordre à leur donner dans l'accomplissement de leur travail* ».

Un charretier, qui travaillait pour son propre compte, était chargé de la livraison des verres destinés à la maison Heidsieck et C^{ie}. En franchissant la porte cochère de la maison Heidsieck, le charretier causa un dommage à un immeuble voisin. En fait, le charretier était un travailleur indépendant, puisqu'il travaillait à son propre compte et était dans la situation d'un entrepreneur. Mais la Cour de Paris, saisie de l'affaire (13 mars 1873), a constaté que « la situation est telle que les voitures ne peuvent pénétrer dans la cour d'Heidsieck et C^{ie} qu'avec le concours des employés de ceux-ci dont ils sont responsables ». La Chambre des requêtes saisie de l'affaire le 1^{er} juin 1874 (2) a confirmé l'arrêt de la Cour de Paris qui engageait la responsabilité de Heidsieck et C^{ie}, en

(1) 11 novembre 1918. G. P. 1918-19, 1. 523.

(2) D. P. 1874, 2. 386.

disant : « Attendu que les charretiers conduisant ces voitures n'agissent que conformément aux instructions données par Heidsieck et C^{ie} et étaient aidés et assistés par leurs domestiques et employés au moment où ils franchissaient leur portecochère ; Attendu que les voituriers devenaient ainsi momentanément les employés agissant sous leurs ordres et avec leur concours. »

On voit par là que c'est une application très délicate de notre critérium. La dépendance même momentanée crée le lien de préposition (1).

La Chambre des requêtes, le 4 mars 1903 (2), jugeait, en application du critérium d'autorité, que celui qui se charge d'une partie de l'ouvrage d'un entrepreneur, à un prix réglé à forfait, n'est pas un sous-traitant mais un simple préposé de l'entrepreneur, « *puisque'il travaillait sous sa direction et sa surveillance à la condition de suivre ses instructions, d'obtempérer à ses ordres* », et de remettre, le jour de la paie, et avant de passer à la caisse, une attestation signée de tous les ouvriers, certifiant que ceux-ci l'autorisent à toucher leurs salaires. Les circonstances étaient suffisantes d'après la Cour pour considérer que les ouvriers sont les préposés de l'entrepreneur lui-même, qui répond de leurs fautes. En fait, c'est l'application de ce principe d'après lequel l'autorité peut s'exercer par un intermédiaire. Les ouvriers étaient sans aucun doute sous l'autorité de l'entrepreneur, qui l'exerçait par voie d'un représentant.

Le critérium de subordination et d'autorité est tracé dans des attendus très intéressants par le Tribunal d'Aix dans son jugement du 3 décembre 1864 (3) ; approuvé par la Cour

(1) V. pourtant ci-dessous la troisième section du même chapitre.

(2) S. 1903, 1. 471.

(3) D. P. 1866, 2. 238.

d'Aix le 13 mai 1865. « Attendu qu'une différence essentielle existe entre la position de l'ouvrier à la tâche et celle de l'entrepreneur à forfait, que ce dernier a en mains la direction absolue de l'entreprise suivant un plan déterminé, qu'il a l'autorité de la surveillance entière sur ses ouvriers, n'ayant plus, vis-à-vis de celui qui lui a confié l'ouvrage à forfait, qu'à répondre des malfaçons et à régler le prix ; que la main-d'œuvre le concerne uniquement ; attendu qu'au contraire l'ouvrier, soit qu'il travaille à la tâche ou à la journée, est placé sous l'autorité et la dépendance de son maître ; que celui-ci peut, à tout instant, lui donner des instructions, des ordres et même le renvoyer en réglant, si cet ouvrier travaille à la tâche, le montant du travail qu'il a effectué jusqu'à ce moment ; qu'ainsi l'ouvrier à la tâche, comme celui à la journée, est placé sous les ordres et sous la surveillance de la personne qui l'emploie ; que c'est précisément cette autorité d'une part, cette dépendance de l'autre qui constituent les qualités du commettant et du préposé. »

En principe, on doit se reporter au contrat de louage qui existe entre le prétendu commettant et le prétendu préposé pour juger si le lien de préposition existe ou non, suivant qu'il y a un ouvrage de service ou un ouvrage d'industrie ; mais le contrat peut être simulé, le fait peut n'être qu'un ouvrage de service ; et même en face d'un contrat véridique, qui laisse aux travailleurs toute l'indépendance nécessaire, il arrive qu'en l'appliquant on y déroge, qu'il se trouve entre les deux parties une subordination que n'a pas créée le contrat, mais qui existe en fait. L'espèce suivante nous édifie sur ce point.

La Compagnie des Landes avait chargé le sieur Gratadoux de la carbonisation d'un bois qu'elle avait acheté. Un contrat avait été passé entre la Compagnie et Gratadoux d'après lequel ce dernier se réservait le choix et surveillance des

ouvriers qu'il engagerait et déchargeait la Compagnie de la responsabilité des fautes de Gratadoux et de ses ouvriers. La Cour de Pau (1) a estimé, en scrutant les faits de plus près, que le lien de préposition existait entre la Compagnie et le sieur Gratadoux parce que les accords qui ont existé entre la Compagnie et Gratadoux, ont eu pour objet de dissimuler, sous l'apparence d'une entreprise à forfait, un véritable louage de services, qui laissait à ladite Compagnie toutes les charges et tous les risques de l'opération, parce qu'elle avait conservé en réalité la direction du travail ainsi que la surveillance des ouvriers qui y étaient employés. La Cour a considéré qu'il y avait une simulation pour deux raisons dont la seconde est très probante. D'abord parce que l'adjudicataire du bois est une Compagnie puissante, dans laquelle la carbonisation ne forme qu'un accessoire minime de son exploitation, et qu'il lui est facile d'y procéder directement et avantageusement avec les ressources dont elle dispose. De plus, parce que le traité daté du 23 juin 1896, qui détermine avec des précisions insolites les charges assumées par Gratadoux comme entrepreneur de la carbonisation, n'a été enregistré qu'au cours du procès, le 13 juin 1899, ce qui prête à croire à une simulation. La Cour constate, après enquête faite, que c'étaient les employés de la Compagnie qui faisaient la paye des ouvriers employés aux diverses opérations effectuées pour parvenir à la transformation des bois en charbon ; « qu'il en résulte encore que S... ainsi que L... employés de la Compagnie, se rendaient fréquemment sur les chantiers et y exerçaient une surveillance assidue, qui ne peut être expliquée par le seul souci de la part du maître de veiller à l'exact accomplissement des engagements d'un entrepreneur à qui aurait été remis la

(1) 19 février 1901, S. 1901. 2. 161.

responsabilité et les risques de l'opération, mais qui témoigne que la Compagnie avait retenu en réalité la direction du travail ».

Dans les espèces précédentes, le lien de préposition existait à cause de l'autorité et de la subordination qui s'exerçaient entre les parties. Il y avait des cas où on était en face d'un entrepreneur, c'est-à-dire d'une personne qui n'a pas économiquement et dans sa propre personne la qualité d'ouvrier. C'était le cas soumis à la Chambre des requêtes en 1^{er} juin 1874 (Heidsieck et C^{ie}) ainsi que celui de sous-traitant jugé par la même Chambre en 4 mars 1903. La personne avec qui contractait la Compagnie des Landes avait bien l'apparence d'un entrepreneur. Pourtant, en fait, dans toutes ces espèces, la subordination était prouvée et cela a créé le lien de préposition.

A l'inverse, nous donnons par la suite des espèces dans lesquelles de vrais ouvriers ou de simples tâcherons étaient jugés comme indépendants de ceux qui les chargeaient d'un ouvrage, parce qu'il n'y avait pas entre eux un lien de surveillance ou d'autorité. La situation économique dépendante d'un ouvrier n'a parfois pas fait obstacle à cette constatation que sa situation de fait, sa situation physique était indépendante, et par suite que sa responsabilité était seule engagée.

Un ouvrier carrier avait traité à forfait avec un entrepreneur de travaux, et s'était engagé à fournir à celui-ci une certaine quantité de blocs de pierre au prix de 3 francs le mètre cube ; l'ouvrier avait embauché d'autres carriers qui travaillaient à la journée pour son compte et qu'il payait au fur et à mesure qu'il était payé lui-même par l'entrepreneur. La Cour d'appel de Nîmes le 2 novembre 1889 (1) a estimé

(1) D. P. 1892. I. 567.

que l'entrepreneur n'était pas responsable du fait de cet ouvrier, parce qu'en fait il appartenait à ce dernier « de prendre et de prescrire les précautions nécessaires pour prévenir les accidents sur le chantier où lui-même travaillait à côté de ses ouvriers ». La Cour a jugé qu'il importait peu que l'entrepreneur fût venu quelquefois visiter le chantier (1).

Parce qu'il n'avait pas d'ordres ni d'instructions à recevoir de celui qui lui commandait la transformation du bois en charbon, et ne travaillait ni sous son autorité, ni sous sa direction, un ouvrier a été considéré par la Cour de Pau (2) comme seul responsable des accidents qu'il peut causer au cours de son travail. Il est intéressant de relever les circonstances de fait desquels la Cour a déduit l'indépendance de l'ouvrier, « ... attendu qu'il payait de ses deniers les vivres et le vin que lui livrait M..., et qu'il a également payé les journées de travail que le domestique de ce dernier a faites pour son compte... » (3).

Le fait qu'il n'a été soumis qu'à une surveillance générale n'ayant pour objet que la bonne exécution du travail, a été considéré par la Cour de Poitiers (4) comme insuffisant pour faire d'un bûcheron travaillant à forfait le préposé de l'entrepreneur d'une coupe de bois.

Citons pour en finir et pour montrer que la jurisprudence est très ferme sur son critérium un arrêt récent de la Cour de Limoges du 10 mars 1925 (5) par lequel un propriétaire qui s'était adressé à un tâcheron pour l'abattage des arbres de

(1) V. dans le même sens Req. 20 mai 1900, D. P. 1901. 1. 265.

(2) 1^{er} juin 1896, S. 1877. 2. 308.

(3) V. aussi dans les mêmes sens et circonstances, Cour de Pau, 12 juin 1893, S. 97. 2. 14 et Cass. crim. 30 décembre 1875, D. P. 76. 1. 415.

(4) 12 décembre 1904, D. P. 1905. 2. 454.

(5) G. P. 1925. 1. 710.

sa propriété, et qui n'avait ni par lui-même, ni par son régisseur, surveillé le travail ou donné des ordres, n'a pas été considéré comme le commettant du tâcheron.

.....

Nous devons maintenant interroger la jurisprudence en ce qui concerne la surveillance elle-même pour voir si on peut en tirer une règle générale qui détermine le degré de surveillance qui engendre le lien de préposition.

En fait la jurisprudence reconnaît deux sortes de surveillance suivant leurs effets sur le lien de préposition et elle établit ainsi une distinction qui ne manquera pas de jeter plus de lumière et plus de précision sur son critérium.

Une compagnie de chemins de fer avait traité avec un entrepreneur pour des travaux de terrassement. Bien que le traitement ait été fait à forfait, la compagnie avait délégué le sieur Matzerel pour surveiller les travaux dans l'intérêt de la compagnie. Cette circonstance tend à créer un lien de préposition entre la compagnie et l'entrepreneur, du fait duquel (ou du fait des préposés duquel) la compagnie sera responsable comme commettant. C'est ce qui a décidé la Cour de Paris, saisie de l'affaire. Mais son arrêt a été cassé par la Chambre criminelle le 2 août 1847.(1). La Cour dans ses motifs nous dit : « Attendu que Matzerel, surveillant des travaux dans l'intérêt de la compagnie, devait seulement veiller à ce qu'ils fussent exécutés conformément aux conventions intervenues entre les parties, mais qu'il n'avait pas mission de donner des ordres à l'entrepreneur, sur le mode d'exécution desdits travaux ; d'où il résulte que la compagnie ne s'était réservée aucun droit de surveillance à ce dernier égard. »

La Cour d'appel de Liège, le 19 mai 1881 (2), décidait que

(1) S. 1847, 1. 855.

(2) S. 1881. 4. 40.

la société de construction qui a traité avec un entrepreneur ne peut être rendue responsable de l'accident arrivé par le fait de l'un des ouvriers employés par ce dernier. Il importe peu, dit la Cour, que la société se soit réservée un droit de surveillance générale pour assurer l'exécution des engagements de l'entrepreneur, une telle stipulation ne donnant à la société aucune action directe sur les ouvriers de cet entrepreneur, de qui ils dépendent et reçoivent des ordres, et à qui seul incombe dès lors la responsabilité des accidents causés par l'imprudence ou l'impéritie des ouvriers qu'il emploie.

Dans le même sens la Cour d'appel de Nîmes a jugé récemment (1) que la compagnie de chemins de fer n'est pas responsable des accidents qui arrivent au cours d'un travail dont elle a chargé un entrepreneur, s'il est constaté « que cette surveillance n'avait d'autre objet que de veiller à la bonne exécution desdits travaux, qu'elle était exclusive de toute immixtion dans les ordres à donner aux ouvriers et laissait à l'entrepreneur la direction des travaux ».

La Cour de Poitiers, le 6 août 1906 (2), est allée encore plus loin. Une compagnie de chemins de fer avait chargé un entrepreneur de la vidange des fosses d'aisances des gares et stations. Au cours du travail l'entrepreneur (ses préposés) avait causé un dommage à un tiers. La Cour a considéré que le fait par la compagnie de faire surveiller les travaux pour qu'ils soient exécutés conformément aux conventions intervenues et d'exiger que l'entrepreneur observe les règlements concernant la police des chantiers et la sécurité des ouvriers et du personnel dans les gares, ne change pas le caractère du contrat et ne fait pas d'elle le commettant responsable dans

(1) 23 janvier 1924. D. H. 1924, p. 323.

(2) G. P. 1906. 2. 236 et la note.

les termes de l'article 1384. Même le fait que le cahier des charges prescrit une retenue de garantie et prévoit la mise en régie en cas d'infraction à ses stipulations, est considéré comme une mesure qui a sa raison d'être vis-à-vis d'un cocontractant, mais qui ne se comprend plus s'il s'agit d'un ouvrier ou d'un préposé.

Une espèce qui présentait une intervention aussi nette a été jugée par la Cour de Caen le 15 mai 1865 (1). Un entrepreneur exploitait pour son compte personnel un service de correspondance entre une gare de chemin de fer et une localité. Une compagnie de chemins de fer se réservait un certain nombre de places à prix réduits dans les voitures de cet entrepreneur, pour les voyageurs provenant de ses gares, moyennant la promesse d'une subvention mensuelle à titre d'indemnité. Mais la compagnie, en outre, imposait à l'entrepreneur diverses conditions concernant notamment le costume des cochers et conducteurs et la propreté des hommes et des voitures. Le Tribunal de première instance a estimé ces conditions suffisantes pour qu'il y ait intervention effective de la part de la compagnie, ce qui fait d'elle le commettant de cet entrepreneur. Mais la Cour de Caen a jugé le contraire « parce que ces conventions (les conditions imposées par la compagnie) ne font pas que l'entrepreneur puisse être considéré comme préposé de la compagnie à raison de l'entreprise qu'il exploitait à ses risques *sans que la compagnie du chemin de fer ait en aucune façon à intervenir dans la gestion* et dans les résultats pécuniaires de cette entreprise.

Nous réservons l'appréciation de cette jurisprudence après l'exposition d'une autre série d'arrêts qui ont considéré des entrepreneurs comme les préposés de ceux qui leur ont com-

(1) S. 1865. 2. 264.

mandé les travaux, parce que ceux-ci ont exercé une surveillance qui rendait les entrepreneurs dépendants d'eux.

La ville de Douai avait traité avec le sieur Devermelle, entrepreneur, pour l'exécution de travaux de démolition et de reconstruction qui devaient être effectués à l'entrepôt de sucre établi dans cette ville. Au cours du travail un ouvrier en blessa un autre par son imprudence et causa la mort de celui-ci. Les motifs de l'arrêt de la Cour de Douai (1) sont très instructifs. Nous les reproduisons : « Attendu qu'en règle générale, l'entrepreneur, lié par le contrat de louage d'industrie, n'est pas le préposé du locataire, parce que le plus souvent il demeure complètement maître de la direction des travaux de son entreprise; attendu toutefois que cette règle reçoit exception, si celui pour le compte duquel travaille l'entrepreneur conserve la surveillance et la direction des travaux; or, attendu en fait qu'il est établi par divers éléments de la cause que Devermelle, librement accepté comme entrepreneur des travaux de démolition, est demeuré sous la direction et la surveillance de cette ville, déléguant son architecte dans cet objet. » Cette surveillance était constatée d'après des circonstances qui ne laissent pas de doute sur la subordination de l'entrepreneur à la ville. Les travaux ne pouvaient être commencés en effet sans l'ordre de l'architecte. L'entrepreneur devait modifier, exécuter par partie, ajourner, et même abandonner les travaux suivant les indications du même architecte. L'entrepreneur était aussi tenu de se rendre chaque jour, au rapport, à l'Hôtel de Ville, à l'heure fixée par l'architecte. Il ne pouvait s'absenter, même pour les marchés relatifs à son entreprise, sans l'autorisation de l'architecte. Il était astreint à augmenter le nombre de ses ouvriers, à les changer, même à les renvoyer en cas d'incapa-

(1) 6 mars 1883. D. P. 85. 2. 135.

cité ou d'insubordination, suivant les ordres dudit architecte, et il était obligé d'exécuter ponctuellement tout ce que celui-ci commandait pour l'exécution de l'entreprise (1).

Dans les mêmes circonstances, la Chambre des requêtes (2) a estimé que le contrat intervenu entre la Compagnie des chemins de fer du Nord et l'entrepreneur de terrassement et d'ouvrage d'art qui traitait à forfait avec elle, d'après lequel la Compagnie imposait à l'entrepreneur l'obligation de se conformer en cours d'exécution à tous les *ordres de service, modifications et règlements qui lui seraient prescrits par l'ingénieur en chef de la Compagnie ou les préposés de celui-ci* que ce contrat faisait de l'entrepreneur le préposé de la Compagnie. La Cour de Rouen avait constaté précédemment que le cahier des charges stipulait que la Compagnie « *s'était réservée la surveillance la plus étendue et de chaque instant sur l'exécution des travaux* » (3).

Quelle conclusion tirer de cette jurisprudence? Nous estimons que loin de compliquer le critérium habituel, elle lui donne une grande précision; c'est une nouvelle mise au point qui s'imposait. Dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 20 août 1847, ainsi que dans ceux de la Cour de Liège du 19 mai 1881 et de la Cour de Nîmes du 23 janvier 1924, le principe se dégage très clairement. En admettant que ce soit la dépendance physique qui fasse le préposé, ces arrêts pré-

(1) Voir dans les mêmes circonstances et dans le même sens l'arrêt de la Cour d'Alger, 6 mars 1886. D. P. 1889. 1. 30 sur la responsabilité de la Ville de Bône considérée comme le commettant de son entrepreneur.

(2) 10 novembre 1868. D. P. 1869. 1. 133.

(3) Voir aussi et dans les mêmes circonstances, Tribunal de la Seine du 3 juin 1862, confirmé par la Cour de Paris, le 30 janvier 1864. D. P. 1864. 2. 213 et l'arrêt de la Cour d'Orléans, 18 juillet 1867. D. P. 67. 2. 136.

cisent qu'une surveillance d'ordre général, une surveillance qui s'en tient à contrôler si on exécute ou non les conventions du contrat de louage d'industrie, une surveillance pareille qui ne va pas jusqu'à la direction des travaux, ne crée pas un lien de préposition.

Dans l'espèce de Poitiers (6 août 1906) la surveillance de la compagnie de chemins de fer, malgré qu'elle ait été poussée jusqu'à une certaine exigence, n'est pas allée jusqu'à l'ingérence et à la direction des travaux.

Ainsi, dans l'arrêt de la Cour de Caen du 15 mai 1863, le fait que la compagnie exigeait une certaine propreté de l'entrepreneur de correspondance et un certain uniforme, n'est pas en effet, comme l'a dit la Cour, une intervention dans la gestion des affaires.

Cette précision du critérium et cette réserve de surveillance générale se comprend mieux quand on compare la jurisprudence précédente à celle qui a admis l'existence du lien de préposition dans le cas d'un entrepreneur.

Ce droit qui a été donné, par le contrat, à l'architecte de la ville de Douai d'exiger de l'entrepreneur le remplacement des ouvriers et même leur révocation; le fait que l'entrepreneur devait attendre les ordres de l'architecte pour commencer chaque partie du travail, devait suivre ses instructions dans l'exécution même des travaux, ce fait ne laisse aucun doute que l'entrepreneur, malgré sa situation économique indépendante vis-à-vis de la ville, malgré qu'il traitait à forfait, n'était qu'un préposé de la ville. On peut en dire autant des décisions que nous avons citées dans le même sens.

Pourtant, il faut rapporter avant de terminer cette section un arrêt de la Chambre des requêtes du 26 mai 1875 (1). Le

(1) D. P. 1877. 1. 248.

sieur Ferrand, chargé pendant la guerre de 1870 de ravitailler Paris, avait employé le sieur Guibert, constructeur de navires à Saint-Nazaire, à recevoir les vivres importés par le premier de l'étranger. Un accident étant survenu au cours de ce travail, Guibert en fut considéré comme responsable et Ferrand fut appelé en garantie. L'arrêt de la Chambre des requêtes a considéré que Guibert n'était que le préposé de Ferrand ; « peu importait, disait l'arrêt, qu'il eut agi sans instructions ni ordres exprès de Ferrand ; il suffisait pour engager la responsabilité de ce dernier, que la faute de son préposé eut été commise dans les fonctions auxquelles il était employé ».

Se contenter de ce que le délit a été commis dans l'exercice des fonctions est une façon de voir qui n'a jamais eu de précédent et qui restera sans doute isolée. D'ailleurs, à ce compte-là, on rendrait chaque propriétaire ou chaque compagnie responsable sans hésitation de la faute des entrepreneurs à qui le propriétaire ou la compagnie se sont adressés, même s'ils n'ont exercé aucune surveillance, fut-elle très générale, dès le moment que la faute est commise au cours des travaux. Ce résultat ne peut être que condamné.

Une observation peut être retenue contre la jurisprudence que nous avons rapportée : c'est que les arrêts se contredisent parfois. Un tâcheron est considéré, *dans les mêmes circonstances de travail*, tantôt comme un entrepreneur indépendant, tantôt comme un simple préposé. Cette contradiction est-elle explicable ? La question de savoir quand il y a un préposé est tranchée d'une manière très précise par la jurisprudence. C'est quand il y a une subordination physique, une subordination qui suppose l'autorité, le droit de donner des ordres (la possession de ce droit suffit, peu importe son exercice), le droit de renvoyer ledit préposé librement (l'élément de choix

mis au point), le droit de surveiller (une surveillance qui suppose l'intervention dans le travail).

Les principes mêmes ne sont que des questions de droit ; mais ces points appliqués évoquent des questions de fait, qui dépendent de l'appréciation plus ou moins juste et spéciale de chaque juge. Dire s'il y avait en fait une surveillance effective ou une simple surveillance générale, c'est une question de fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. On ne s'étonnera donc pas si on trouve des arrêts qui se contredisent car cette contradiction est inévitable dans toutes les questions de fait.

SECTION II. — *Cas où l'existence même du rapport de préposition est discutée.*

Nous avons vu à la section précédente où nous avons posé les principes et le critérium jurisprudentiel que c'est surtout à propos du louage de service et d'industrie que se présente le lien de préposition. Pourtant il y a des cas dans lesquels il n'y a pas un vrai louage de service ou d'industrie et à propos desquels on peut se demander s'il existe un lien de préposition. Il y a aussi d'autres cas où un élément technique vient compliquer le louage de service, ce qui nous fait poser cette question de savoir, s'il y a une indépendance physique de la part du professionnel qui loue son travail. D'où trois sous-sections.

§ 1^{er}. — *Cas de louage des choses.*

Le louage des choses peut-il créer un lien de préposition entre le bailleur et son locataire ou fermier ? Le premier peut-il être rendu responsable de la jouissance illégale par le

second de la chose louée ? La jurisprudence en général refuse la qualité du préposé au *conductor*. Ce principe est très clair dans une espèce jugée par la Cour de Limoges le 24 juin 1895 (1) : « Le propriétaire qui donne à terme son héritage n'est pas, en principe responsable, en sa qualité de bailleur, du fait délictueux de son fermier accompli dans l'exploitation ou à l'occasion de l'exploitation du domaine affermé. » Dans l'espèce le fermier avait causé un incendie dont un bois voisin avait souffert. Le bailleur avait à son service un régisseur, qui, en qualité de préposé, devait surveiller la ferme. Le Tribunal d'Ussel, le 28 avril 1894, estimait que le bailleur devait par l'organe de son régisseur surveiller le fermier ; si le régisseur manquait à cette surveillance, le bailleur en serait responsable. En fait c'était poser la question sous l'article 1382. Mais ce qui nous importe c'est que le Tribunal de première instance considéra qu'il y a un devoir qui incombe au bailleur, c'est celui de surveiller son locataire dans son exploitation. La Cour de Limoges n'a pas accepté cette façon de voir. Elle nous dit dans ses motifs, « attendu que le régisseur qui est le préposé et en quelque sorte l'*alter ego* du propriétaire, n'a, pas plus que ce propriétaire, à exercer une surveillance sur les opérations d'un fermier écobuant, comme conséquence de son bail, sur une partie des bruyères du domaine, ni à surveiller et à diriger l'exploitation du locataire... que les articles 1384 du Code civil et 206 du Code forestier ne comprennent pas les propriétaires dans la catégorie des responsables des faits de leurs fermiers ou locataires ».

En fait, en appliquant le critérium jurisprudentiel, on ne peut qu'affirmer que le louage des choses ne peut pas, à lui

(1) D. P. 1898. 2. 348.

tout seul, créer le lien de préposition (1). Cela n'empêche pas qu'en dehors de louages des choses, il peut exister momentanément au moins (V. la section suivante sur le rapport de complaisance) un lien de préposition entre le bailleur et son fermier. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Bordeaux le 10 mars 1874 (2). La Cour nous dit que bien qu'un métayer ne puisse être assimilé à un domestique ou à un serviteur, il n'engage pas moins la responsabilité du propriétaire lorsqu'il agit comme son agent ou son préposé. Dans l'espèce le propriétaire avait chargé le métayer d'amener un taureau au concours agricole; en cours de route l'animal avait blessé un tiers. La Cour nous dit : « Il n'en est pas moins des circonstances dans lesquelles le métayer peut, en dehors de sa qualité habituelle, agir comme agent en préposé du propriétaire et par suite engager la responsabilité de celui-ci ».

Mais il peut arriver que le dommage causé par le conducteur soit la conséquence de l'exécution d'une clause insérée dans le bail et imposée par le bailleur. Cette clause crée-t-elle le lien de préposition? Pas davantage, parce que dans ce cas la responsabilité du bailleur, si elle peut être engagée, sera l'application de l'article 1382, soit une responsabilité directe. S'il existe un lien de causalité assez direct entre la clause du bailleur et le dommage causé, le bailleur sera responsable personnellement (3), sinon le *conductor* seul est responsable (4), mais dans les deux cas l'article 1384 n'est pas applicable.

(1) SOURDAT, t. II, p. 116, n° 893.

(2) D. P. 1875.2.68.

(3) C. V. en ce sens Cour d'appel de Paris, 12 mai 1873, D. P. 1873.2. 2.

(4) V. en ce sens Cour de Grenoble, 19 juin 1866, D. P. 1866, 2. 196.

§ 2. — *Le rapport mondain ou le rapport de complaisance.*

Nous avons vu dans la première section de ce chapitre que c'est surtout dans le louage de service ou d'industrie que se rencontre le lien de préposition. Dans toutes les espèces que nous avons rapportées dans ladite section, on remarque que les personnes dites préposées sont rémunérées ou bien à la tâche ou bien à temps. Mais il peut arriver que la rémunération n'entre pas dans un de ces deux modes normaux (à la tâche ou au temps). Dans ce cas le rapport de préposition existe-t-il? C'est l'espèce jugée par la Chambre criminelle le 24 octobre 1913 (1). Un médecin, propriétaire d'une automobile, faisait exécuter dans son intérêt des courses et des commissions par une personne à qui il confiait la conduite de sa voiture. La Cour a rendu le médecin responsable de l'accident causé par la faute de ce conducteur, bien qu'il ne fut pas payé par le médecin, parce qu'il recevait en échange de ses services des soins médicaux gratuits.

Cette espèce ne ruine pas le critérium de subordination. Au contraire elle ne fait que le débarrasser des éléments qui ne sont pas essentiels. En effet si la rémunération du préposé revêt d'habitude une certaine forme (à la tâche, au temps), il s'en faut que cette rémunération, dans certains cas, ne puisse pas se présenter autrement. Ce qui compte, ce n'est pas le mode de rémunération (car le principe même de la rémunération peut être sujet à discussion comme nous verrons par la suite), mais c'est la subordination effective qui existe entre les deux personnes.

(1) D. P. 1918, 1. 62.

Une espèce très intéressante jugée par le Tribunal de Toulouse le 16 juillet 1916 (1) nous démontre clairement, la vérité de ces affirmations.

Le préposé d'un négociant, mobilisé, mais en permission de vingt-quatre heures, vient se mettre aux ordres de son commettant et exercer sa fonction habituelle. Il cause un dommage par sa faute à un tiers. Le Tribunal civil de Toulouse nous dit que si sa situation de soldat, d'ailleurs mobilisé sur place, et son rattachement à un hôpital militaire, avaient quelque peu distendu les liens de subordination qui le rattachaient antérieurement à son commettant, en les rendant plus rares et moins faciles, leurs rapports, de préposé à commettant, n'en persistaient pas moins, s'exerçant à la moindre occasion compatible avec la discipline militaire, et s'accusant par la remise de sommes d'argent et de fournitures en nature au profit du premier. Que d'autre part la permission de vingt-quatre heures dont il jouissait, lui rendait pendant cette durée une liberté de mouvement qu'il pouvait consacrer, comme il avait l'habitude de le faire en pareille occurrence, au service de son commettant, sans gêne ni entrave bien sensibles.

Il est vrai que le Tribunal s'appuyait, entre autres circonstances, sur le fait que le préposé avait reçu de l'argent et des fournitures en espèces comme rémunération des services rendus. Mais il nous semble que l'idée qui a inspiré le rédacteur du jugement, c'est que le lien de préposition était continu, et repris tout simplement pendant ces vingt-quatre heures. Nous croyons que, si le préposé n'avait pas été rémunéré pour ces services pendant ces vingt-quatre heures, le jugement n'aurait pas été différent, puisque le préposé était en fait sous la subordination de son patron.

(1) *Gazette des Tribunaux*, 1917.2.212.

Mais il y a des cas où non seulement il n'y a pas de rémunération des services, mais où il n'y a même pas un louage de service ou d'industrie, même repris après une interruption comme dans l'espèce du Tribunal de Toulouse. Ce sont des cas où on rend un service gracieux à un ami ou à un collègue sans qu'il y ait un contrat ni même l'ombre d'un contrat de louage de service ou d'industrie. C'est ce que M. Demogue appelle le rapport mondain ou le rapport de complaisance. Un rapport pareil, crée-t-il un lien de préposition entre les deux amis ou les deux collègues ? (1) C'est ce que nous verrons d'après trois espèces significatives.

Le sieur Lallemand, propriétaire d'une automobile, ne sachant pas conduire, s'était adressé à un ami pour conduire sa voiture. Il était considéré comme responsable de l'accident causé par la faute de cet ami (2). Le Tribunal de Meaux a considéré qu'il importait peu de rechercher si l'ami recevait une rémunération comme prix de ses services ou s'il ne les prêtait pas à son ami, le propriétaire, pour profiter lui-même de la promenade et en faire profiter d'autres aussi, qu'il n'était pas nécessaire que le propriétaire ait eu la conduite technique de cette voiture, qu'il suffisait de retenir que s'y trouvant lui-même placé, il en conservait la direction générale, qu'il pouvait en contrôler la marche, en régler l'usage comme bon lui semblait et donner à cet égard toutes instructions utiles à son ami, « *qu'il avait, en réalité, préposé à la conduite de cette voiture, et que jusqu'au cours de l'instruction, il considérait comme son chauffeur au moins occasionnel et gracieux* ».

Au contraire, il a été jugé que le propriétaire qui prie son ami de le rejoindre avec son automobile dans un endroit déterminé n'est pas responsable de l'accident que cet ami

(1) V. DEMOGUE, *Oblig.*, t. V, p. 121.

(2) Le tribunal de Meaux, 26 juillet 1912, D. P. 1914, 2. 31.

cause en route (1). La troisième espèce se trouve dans un arrêt de la Cour de Nancy du 5 décembre 1896 (2). Le cocher de l'omnibus du Grand-Hôtel, occupé dans l'intérieur de la gare à aider et à accompagner les voyageurs, laissait sa voiture dans la cour de la gare du départ. Il avait l'habitude d'être accompagné d'un valet de pied qui accompagnait les voyageurs, lui-même se chargeant de conduire la voiture de la gare du départ à la gare d'arrivée. Le valet de pied étant absent (ce que n'ignorait pas le patron de l'hôtel), le cocher fut obligé de demander, pour conduire l'omnibus de la gare de départ à la gare d'arrivée, le concours d'un de ses camarades qui était le cocher de l'omnibus de l'hôtel de l'Europe. Celui-ci causa un accident. La Cour a estimé qu'il était devenu le préposé du cocher du Grand-Hôtel et le sous-préposé du maître de cet hôtel qui devenait son commettant d'occasion, n'ignorant pas que le cocher étant seul depuis quelque temps devait demander le concours d'un autre et que les concours d'échange de services étaient très fréquents entre les cochers des deux hôtels (3).

Le rapport de complaisance dans son état pur n'existe guère que dans l'espèce jugée par la Chambre criminelle le 31 octobre 1902; ce rapport à lui seul ne crée pas le lien de préposition. C'est ce qu'à jugé ladite Chambre. Mais ce rapport peut se compliquer d'autres éléments qui changent sa physionomie. Le propriétaire de l'auto qui se sert de son ami pour conduire sa voiture à plusieurs reprises et pendant un certain temps, d'une manière qui, d'après l'expression du Tribunal de Meaux, en fait son chauffeur occasionnel et gra-

(1) Cass. crim. 30 oct. 1902, D. P. 1904, 5. 592; S. 1902, 1. 544.

(2) D. P. 1897, 2. 454.

(3) La Cour a engagé d'ailleurs la responsabilité du maître d'hôtel d'Europe, commettant habituel du cocher auteur de l'accident, solidai-
rement avec le maître du Grand Hôtel.

cieux, n'est plus dans la même situation que celui qui demande à un ami de le rejoindre avec son auto à lui.

Dans l'espèce de la Cour de Nancy, la Cour a tiré le lien de préposition de cette autorisation tacite donnée par ce maître de l'hôtel de demander le concours d'un camarade. Mais la difficulté qui existe est de savoir si le cocher devient le commettant de son camarade à qui il demande un concours gracieux. Il nous semble, au premier abord, que le lien de préposition ne peut pas exister dans ce cas, malgré cette circonstance qu'évoque la Cour que les services sont demandés souvent réciproquement, ce qui fait, aux yeux de la Cour, que les cochers de ces différents hôtels deviennent communément, d'après la fonction et le travail qu'ils font, les préposés des différents maîtres d'hôtel.

Dans tous les cas, on peut affirmer que les rapports de complaisance ne créent pas à eux seuls le lien de préposition, mais il peut arriver, d'après les circonstances, qu'il existe une subordination entre les deux personnes malgré l'apparence mondaine que peut revêtir le lien qui les rattache.

Ces principes admis, la question devient une question de fait et le juge appréciera souverainement, le degré et la durabilité de services qui suffisent pour créer le lien de préposition.

§ 3. — *Le rapport de préposition entre un non professionnel et un spécialiste.*

La notion du préposé peut se compliquer par le rapport d'un non professionnel avec un spécialiste. Un propriétaire est-il le commettant de l'ouvrier couvreur qui travaille pour lui ; le chauffeur privé est-il le préposé du propriétaire de l'automobile qui ne sait pas conduire son auto ; le médecin qui exerce dans un hôpital est-il le préposé de la commune ou de

l'assistance publique dont dépend l'hôpital? Si on applique le critérium de subordination, on peut se demander si le propriétaire de l'immeuble, celui de l'auto, et la commune ne peuvent donner des ordres quant à l'exécution technique des travaux qui se font pour eux, et par suite, si les ordres techniques ne rentrent dans la catégorie des ordres qui constituent l'autorité d'une personne sur une autre, d'où naît le lien de préposition. Avant la discussion de la doctrine qui n'est pas unanime sur cette question, nous préférons donner un éclaircissement par la jurisprudence.

En effet, en scrutant les faits de plus près, on se rend compte que le rapport d'un professionnel avec un spécialiste n'existe pas en réalité, dans tous les cas qui présentent l'apparence de ce rapport, ou au moins qu'il y a dans ce rapport de tels degrés que dans certaines hypothèses il s'atténue et le caractère technique est à peu près nul, à tel point que le lien de dépendance se maintient.

Le cas du médecin est le plus clair. La jurisprudence est arrivée à nous donner des formules que nous trouvons très heureuses et qui s'accordent très bien avec le critérium qu'elle adopte toujours dans la notion du préposé. Nous commençons par l'analyse de la jurisprudence sur la question des médecins, pour arriver à des résultats qui nous aideront à résoudre celle de l'ouvrier spécialiste.

La jurisprudence a toujours considéré que les communes, l'assistance publique, les compagnies de chemins de fer qui engagent des médecins pour soigner leurs employés, ne sont pas responsables des fautes techniques de ces praticiens (1).

(1) Voir pourtant un arrêt isolé qui a considéré que le médecin, chef de service d'un hôpital, quelle que soit sa haute situation, n'est que le préposé de l'administration des hôpitaux, et que dès lors celle-ci en est civilement responsable; Lyon le 23 juillet 1898. G. P., 1897-1902, 2. p. 452, n° 560.

Mais les motifs qu'elle invoque pour refuser la qualité de préposé aux médecins ne sont pas toujours les mêmes. C'est que, dans les cas des médecins des hôpitaux communaux ou de l'assistance publique, l'élément de choix ou plutôt celui de droit de révocation manque de la part de la commune ou de l'assistance publique. Ce manque de choix est invoqué à lui seul pour écarter la responsabilité de la commune, par la Cour de Poitiers le 26 décembre 1892 (1) et plus récemment par le Tribunal de la Seine le 14 décembre 1920 (2). Mais souvent ce manque de choix est invoqué en même temps que l'absence du droit de surveillance de la part de la commune ou de l'assistance publique, pour dégager la responsabilité de celles-ci (3).

Ces motifs de manque de choix et de surveillance invoqués par tant de jugements sont bien exposés dans le jugement du Tribunal de la Seine du 27 décembre 1894. « Attendu que l'administration de l'Assistance publique ne choisit pas les médecins et chirurgiens des hospices et hôpitaux de Paris; qu'aux termes de l'article 6 de la loi de 1849, ceux-ci sont nommés au concours sous l'approbation du Ministre de l'Intérieur, *qui seul peut les révoquer* sur l'avis du Conseil de surveillance et sur la proposition du Préfet de la Seine; que si, d'autre part, le Directeur de l'Assistance publique a sous ses ordres le personnel de l'administration centrale de l'inspection et des établissements, conformément à l'article 6 du règlement d'administration publique du 24 août 1849, cette disposition ne s'applique pas aux médecins et chirurgiens des hôpitaux, *qui sont, chacun dans sa sphère, les véritables chefs*

(1) D. P. 1893. 2. 349.

(2) D. P. 1921. 2. 27.

(3) Voir Tribunal de la Seine, 6 juillet 1906. G. P. 1906. 2. 334
13 décembre 1900. G. P. 1901. 1. 13; 27 décembre 1894. G. P. 1895.
1. 39 et Cour de Turin, 21 octobre 1897, D. P. 1900. 2. 475.

de leurs services, agissant pour le traitement des malades, avec la plus entière indépendance et n'ont à recevoir, à ce point de vue, ni ordres ni instructions de l'administration de l'Assistance publique... » Cette distinction entre les médecins et le personnel administratif est très instructive et montre bien le caractère technique dans toute sa force, qui distend le lien de préposition entre le médecin et l'Assistance publique.

La Cour de Grenoble, saisie d'une affaire de responsabilité d'une compagnie de chemins de fer à raison de la faute du médecin qu'elle avait choisi pour soigner ses agents blessés ou malades, nous indique clairement ce caractère technique (1). « Attendu que le médecin choisi par la compagnie n'est nullement placé sous son autorité et sa dépendance *en ce qui concerne la pratique de son art*, et qu'en l'absence de toute faute personnelle, la compagnie ne peut encourir aucune responsabilité des conséquences d'un traitement auquel elle est demeurée étrangère et dont elle n'a ni la direction, ni la surveillance... »

L'examen de deux décisions qui ont considéré que les médecins sont des préposés nous fera mieux comprendre le caractère technique qui desserre le lien de préposition. Un nommé Betzer, venu dans un hôpital de l'assistance publique pour soigner sa jambe, ne reçut pas du médecin les soins nécessités par son état. La jambe qui était repliée lors de l'arrivée du malade fut laissée dans cette position pendant plusieurs jours sans que le médecin se fût donné la peine de l'examiner, négligence qui entraîna une suite fatale pour le malade. La Cour de Dijon, le 18 mars 1903 (2), n'engagea pas moins la responsabilité de l'hospice « parce que les faits

(1) 29 octobre 1901, D. P. 1904. 2. 300; V. en même sens Cour d'appel d'Alexandrie, 15 février 1911. *Gaz. Trib. mixtes*, XXIII, 183.

(2) D. P. 1904. 2. 134. S. 1906. 2. 17.

dommageables dont Beltzer demandait réparation n'étaient pas des manquements à l'exercice technique de la médecine, que la commission n'aurait pu empêcher ni même critiquer, mais des négligences auxquelles, selon la prétention du malade, une surveillance plus vigilante n'aurait pas permis de se produire ». La Cour appliquait ainsi l'article 1384, considérant que l'hospice s'il n'est pas le commettant du médecin en ce qui concerne l'*exercice technique* de sa fonction, est au contraire bel et bien son commettant en ce qui concerne l'*exercice même* de sa fonction (1).

Cette façon de voir de la Cour de Dijon a été consacrée et affirmée par un jugement du Tribunal de Pau le 29 juillet 1912 confirmé par la Cour de Pau le 30 juin 1913 (2), dans les circonstances suivantes :

Une compagnie de chemins de fer avait fait choix d'un médecin pour soigner ses employés blessés et malades. Le nommé Duvigneau, agent de la compagnie, étant tombé malade, la compagnie invita le médecin Ribeton à le soigner, ce que celui-ci négligea de faire, négligence qui entraîna la mort de Duvigneau. Le Tribunal a engagé la responsabilité de la compagnie parce que « le contrat de louage entre la compagnie et le médecin plaçait celui-ci sous la dépendance et l'autorité de la Compagnie du Midi qui, ainsi qu'elle le reconnaît elle-même, était en droit de lui intimer l'ordre de soigner ses agents malades, *et qu'il n'est pas douteux que, dans cette limite étroite, ce médecin était le préposé de la Compagnie*; qu'il est non moins certain qu'une fois au chevet

(1) La Cour de Dijon a considéré au surplus que Beltzer ayant été reçu à l'hôpital comme malade payant, il s'est créé entre la commission et lui, une obligation contractuelle qui donnait à celui-ci le devoir d'assurer à Beltzer, dans la mesure où cela dépendait d'elle, les visites et les soins que nécessitait son état, d'où application de l'art. 1147.

(2) D. P. 1915. 2. 49.

du malade, Ribeton, comme tous les autres médecins de la Compagnie, *recouvrait son indépendance absolue de praticien, et était seul juge des soins à donner et du traitement à suivre*, sous le contrôle possible des médecins supérieurs de la Compagnie, *mais sans pouvoir recevoir directement des ordres de celle-ci incompétente en la matière et qui, ce faisant, aurait d'ailleurs contrevenu aux lois et règlements sur l'exercice de la médecine* ».

Après l'exposé de cette jurisprudence, on pourrait dire que dans le cas du médecin le caractère technique est tellement important qu'il rend celui-ci indépendant dans l'exercice de son art, ce qui exclut le lien de préposition ; cela paraît encore plus probant quand on compare la responsabilité de la faute des médecins de l'assistance, avec celle de la faute du personnel administratif qui dépend absolument d'elle dans toutes ses actions (1). La question revient à celle de l'initiative dont jouit le prétendu préposé. Comme le dit M. Bartin sur Aubry et Rau (2) « le préposé n'est qu'un agent d'exécution ; il en résulte que sa part d'initiative personnelle dans *la conception* des actes relatifs à l'exercice de ses fonctions est nulle ; il est l'œil et le bras au service de l'intelligence et de la volonté d'autrui. Lors donc que les fonctions du prétendu préposé sont telles qu'elles impliquent chez lui la nécessité de connaissances personnelles, c'est-à-dire de connaissances d'ordre professionnel et technique, incommunicables au prétendu commettant, le pouvoir de commander, de contrôler et de surveiller disparaît, et avec lui, la qualité même du commet-

(1) Ce caractère technique ne peut faire disparaître la préposition qu'en tant qu'il crée l'indépendance. Une fois qu'il ne fonctionne plus, qu'on est hors du domaine technique, les principes généraux reprennent toute leur valeur. Ce qui a été le cas dans l'arrêt de la Cour de Dijon et le jugement du Tribunal de Pau.

(2) T. VI, p. 382, note 15 *ter*.

tant et celle de préposé. » Nous ajouterons que cette part d'initiative qui appartient à une personne dans le service d'une autre, doit, pour écarter la préposition, être assez large, comme dans le cas du médecin. Il y a des cas où il y a une part d'initiative, un ensemble de connaissances techniques d'ordre professionnel, non communicable à la personne dans le service duquel on entre, mais qui n'est pas suffisante pour éloigner la préposition, parce qu'elle n'est pas suffisante pour créer l'indépendance dudit préposé. Nous verrons par la suite ces degrés de dépendance.

A l'opposé du cas du médecin dans lequel on a vu que le caractère technique est de première importance, on peut citer un cas où le caractère professionnel s'efface dans le fait pour céder la place à une subordination affective. C'est le cas du chauffeur privé d'une auto dont le propriétaire ignore la conduite. Le fait de cette ignorance n'empêche pas que le chauffeur peut être sous la surveillance et l'autorité du maître puisque celui-ci peut lui donner toutes les instructions nécessaires pour éviter les accidents et que le fait de ne pas savoir conduire une auto ne peut pas empêcher de donner des instructions. La dépendance physique existe.

Pourtant, de même que dans le cas du médecin la dépendance peut exister sous certains rapports entre le médecin et la personne morale dans le service de laquelle se trouve le médecin (le cas de l'arrêt de la Cour de Dijon et du jugement du Tribunal de Pau), on peut concevoir, par contre, des circonstances dans lesquelles l'indépendance du chauffeur soit telle qu'on peut lui refuser la qualité de préposé.

C'est ce qui s'est produit dans l'espèce soumise au Tribunal de Vervins le 13 novembre 1908 (1). Le propriétaire d'une auto charge « un homme de l'art » de venir prendre sa voiture

(1) G. P. 1909. I. 173.

et de la conduire à son atelier pour lui faire subir des réparations. Le premier s'en rapportait ainsi au second sur les conditions dans lesquelles l'automobile qui était plus ou moins avariée ou que l'on présumait telle et dont, par suite, le fonctionnement était de nature à inspirer des craintes, pouvait être mise en marche jusqu'à l'endroit où elle serait réparée. Un accident survient en cours de route. Le Tribunal a considéré que c'est le chauffeur qui est le seul responsable parce que « ce déplacement du véhicule fait partie de la mission technique confiée à l'ouvrier d'art et il est, par conséquent, étranger à la condition du propriétaire qui a commandé le travail ». Le dégagement de la responsabilité du propriétaire n'est pas reprochable, mais la raison invoquée n'est pas tout à fait juste. C'est à tort que le Tribunal invoque le caractère technique. En fait le propriétaire s'est adressé à l'homme de l'art, dans l'espèce, en sa qualité d'entrepreneur de réparations. La tâche à laquelle s'engageait cet entrepreneur ne se bornait pas à la réparation mais aussi à la conduite de voiture prise dans l'état défectueux dans laquelle elle se trouvait. Aucune surveillance n'est donc concevable et par la suite aucun lien de préposition.

Il y a un autre cas dans lequel le caractère technique est invoqué par la jurisprudence et la doctrine : c'est le cas de l'ouvrier auquel le propriétaire s'adresse pour faire exécuter des réparations dans son immeuble, ce qui est une profession étrangère à l'état du propriétaire. Le cas typique est celui d'un ouvrier couvreur qui laisse tomber par imprudence une tuile qui blesse un passant. Le propriétaire est-il responsable ?

On peut dire que, dans ce cas, il n'y a pas davantage de caractère technique probant. Comme le dit l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 11 juillet 1859 (1), il est vrai « qu'on ne

(1) D. P. 1860. 2. 23.

saurait limiter la responsabilité du commettant au cas où il exerce la même profession que son préposé et peut par conséquent le surveiller ; que cette restriction blesse également la loi et la raison ; que c'est le plus souvent parce qu'on ne saurait faire la chose soi-même qu'on le fait par un préposé, et qu'il n'est nullement nécessaire qu'on soit cocher ou qu'on sache conduire des chevaux pour être responsable du cocher qu'on a choisi... Sans être charbonnier le commettant pouvait s'assurer si B..., l'ouvrier, avait pris les précautions nécessaires. »

La responsabilité du propriétaire du fait de son ouvrier ne dépend donc pas du caractère technique du travail de l'ouvrier. Ce caractère technique a si peu d'importance que son existence n'affecte pas le lien de préposition s'il a lieu. C'est toujours la question de dépendance physique qui sert de critérium. Discuter la responsabilité du propriétaire du fait de l'ouvrier sera revenir sur la première section de ce chapitre et la question de la distinction de l'entrepreneur du non entrepreneur. Nous tenons seulement à rappeler que la responsabilité du propriétaire dépend uniquement du point de savoir si l'ouvrier travaille indépendamment ou non ; s'il y a surveillance de la part du propriétaire ou non. C'est la seule position du problème.

Pourtant, il nous semble que la jurisprudence, au cas où le contrat conclu entre le propriétaire et l'ouvrier n'est pas assez précis sur la question de surveillance, présume un devoir de surveillance à la charge du propriétaire et dont le défaut engagera la responsabilité de celui-ci. C'est ainsi que la Cour d'appel d'Aix, le 21 janvier 1888 (1), nous dit dans des motifs intéressants : « Attendu que le propriétaire ne *peut prétendre délayer sa responsabilité personnelle qu'en démontrant que,*

(1) G. P. 1888. 2. 75.

par le contrat passé avec son entrepreneur, il avait entendu laisser à celui-ci la responsabilité de tous les travaux et s'abstenir dans leur exécution de toute surveillance et de toute direction; qu'il est en effet légitime et conforme aux nécessités de la pratique qu'un propriétaire puisse décliner un pareil fardeau en s'adressant à un homme d'une compétence éprouvée, mais que s'il ne rapporte pas cette preuve, il est juste que la responsabilité remonte au maître de la chose, à celui qui a le droit de donner des ordres et de les faire exécuter (1). »

La doctrine en discutant la question de la responsabilité du propriétaire du fait de l'ouvrier, paraît trop généraliser et ne pas admettre les distinctions qui s'imposent d'après les circonstances. M. Laurent (2) en se demandant si les ouvriers sont les préposés de ceux qui les emploient dans les circonstances que nous avons montrées nous dit : « Il nous semble que l'affirmation résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'ouvrier est employé à un service, en exerçant ses fonctions, il cause un dommage. C'est l'application du principe tel que nous l'avons formulé en prenant appui sur la tradition, peu importe par qui l'ouvrier est employé, que ce soit par son patron, l'entrepreneur, ou que ce soit par le propriétaire ; dans tous les cas il est préposé de celui qui lui confie un travail parce qu'il est l'homme de son choix. » M. Larombière est du même avis (3). M. Sourdat (4) trouve au contraire que l'artisan, dans l'hypothèse qui nous occupe, est entrepreneur dans la partie qu'il traite, et qu'il est constant que le proprié-

(1) Dans ce sens, Ch. civ. 27 mai 1868, D. P. 1868. 1. 404; Cour d'Amiens, 24 février 1869, D. P. 1869. 2. 153; Cour de Bordeaux, 11 juillet, 1859, D. P. 1860. 2. 23.

(2) T. XX, n° 575.

(3) T. V, n° 747-748.

(4) T. II, p. 114, n° 888.

taire n'est pas responsable de l'entrepreneur. Et en plus de cette généralisation, il invoque le motif que nous venons de condamner. Il nous dit : « D'ailleurs, quelle faute peut-on me reprocher ? Puis-je directement diriger ou surveiller l'exécution des travaux dont il s'agit ? Non, car il faudrait pour cela des connaissances techniques que je ne suis point obligé de posséder (!) Il faudrait une aptitude physique qui n'appartient qu'à ces artisans. »

Il ne prévoit l'effet des circonstances que dans le cas où on s'adresse à un artisan d'une incapacité notoire, ce qui donne lieu à l'application de l'article 1383.

Sous la plume de M. Demogue (1) on trouve cette distinction entre le cas où il y a surveillance ou autorité de la part du propriétaire et celui où l'artisan est indépendant.

Il est raisonnable d'après M. Demogue que le non professionnel qui emploie le technicien ne soit pas présumé s'être réservé le droit de le surveiller et qu'il ne soit pas déclaré son commettant. Le non professionnel ne sera responsable qu'en vertu de l'article 1382 s'il est prouvé qu'il est en faute d'avoir choisi un professionnel notoirement incapable. « *Toutefois, nous dit M. Demogue, il ne faut pas aller plus loin et le non professionnel répond du professionnel s'il l'a pris sous son autorité (2).* »

Comme conclusions nous devons dire que le caractère professionnel n'atteint le lien de préposition qu'autant qu'il atteint la dépendance physique elle-même ; ce n'est pas un élément nouveau qui doit s'ajouter au critérium, ce n'en est pas une atténuation, une réserve ; mais c'en est une application. Tant que le caractère professionnel est d'une importance telle qu'il efface la dépendance, comme dans le cas du médecin, nous sommes en face d'une personne indépendante, et le lien de

(1) T. V, p. 92, n° 897.

(2) V. aussi WILLEMS, *Rev. gén. de Droit*, 1896, p. 21.

préposition s'efface par la suite, mais seulement dans la mesure où cette indépendance existe. Une fois qu'on est hors de cette mesure, le lien de préposition peut se créer (1). A l'inverse quand le caractère technique est faible, le lien de préposition peut exister tant qu'il y a dépendance physique, mais une fois que cette dépendance n'existe plus, le lien de préposition disparaît malgré la faiblesse du caractère professionnel (2).

Remarquons que si on applique la théorie du risque, on rendra la personne qui se sert d'un spécialiste responsable de ses fautes dans tous les cas. Le médecin engagera la responsabilité de la commune et de l'assistance malgré que le profit qu'elle pouvait tirer du travail du médecin ne soit qu'un profit moral, ces sortes de profits étant admis, même par les partisans de cette théorie, comme suffisants pour rejeter sur la personne qui en profite, le risque des fautes de la personne employée (3). De même on rendra le propriétaire responsable de la faute de l'ouvrier dit spécialiste dans toutes les hypothèses, puisqu'il profite de son activité. Ces résultats sont condamnés, tout au moins par la jurisprudence.

SECTION III. — *La difficulté dans l'attribution de la qualité de commettant.*

Cette section aurait, semble-t-il, mieux trouvé sa place dans notre première section consacrée à la position des principes et à la détermination de la qualité de préposé, car dès lors qu'on a désigné une personne comme ayant la qualité de

(1) Arrêt de Dijon du 18 mars 1903, et jugement de Pau du 30 juin 1913, précités.

(2) Tribunal de Vervins, 13 novembre 1908, précité.

(3) V. DEMOGUE, t. V, p. 109, n° 911.

préposé, il est très aisé, d'après notre critérium, de désigner de qui cette personne est préposée. Pourtant la difficulté qui peut surgir en pratique, et les dérivations que font subir quelques décisions jurisprudentielles aux principes conducteurs et enfin l'importance et le caractère épineux que les auteurs attachent à cette question d'attribution de la qualité du commettant (1) sont des motifs suffisants pour faire une étude spéciale de cette question de pluralité des commettants.

La difficulté n'existe pas dans le cas où le préposé a plusieurs commettants, mais de qui il reçoit des ordres indifféremment dans le même but, et pour qui il exerce une fonction unique. Nous envisageons par là le cas de plusieurs commettants associés qui ont le même préposé : un commis dans une société commerciale au nom collectif. Dans ce cas chaque sociétaire est le commettant du commis et le fait de celui-ci engage la responsabilité de tous les associés.

Mais la difficulté existe, au contraire, dans le cas où le commettant habituel d'un certain préposé, le loue, le prête ou enfin le met sous les ordres d'une autre personne. Cette personne devient-elle le commettant d'occasion dudit préposé ? Et sous quelle condition ? C'est là que réside la difficulté.

En appliquant notre critérium on pourrait dire, d'emblée, que si le préposé tombe sous l'autorité et la dépendance du nouveau maître, celui-ci devient son commettant d'occasion tout au moins, et sa responsabilité sera engagée tant que le préposé est sous ses ordres et dans la mesure de l'exécution de ces ordres. Obéit-il, au contraire, à son commettant d'habitude, c'est celui-là seul qui est responsable. Comme principe ce

(1) V. BARTIN sur AUBRY et RAU, t. VI, p. 383, note 15 *quater*. « De tous les éléments de la définition des rapports de commettants à préposé, celui-ci est le plus délicat dans l'application », et DEMOGUE, *op. cit.*, p. 102, n° 908.

n'est pas reprochable, et nous verrons que la jurisprudence adopte fermement cette manière de voir, mais il devient difficile de savoir si ledit préposé tombe sous l'autorité du nouveau maître ou non. La convention entre les parties peut résoudre la difficulté (1). Ainsi il a été jugé par la Chambre civile le 8 mars 1922 (2) que lorsque le cahier des charges d'une société entrepreneur d'un service de halage dispose que les charretiers se conformeront aux ordres qui leur seront donnés par les bateliers pour ce qui concerne la manœuvre des bateaux, cette société n'est pas responsable de l'accident causé, pendant la manœuvre d'un bateau, par le charretier, son préposé habituel.

De même, dit l'arrêt du 13 février de la même Chambre, lorsque, en vertu d'un arrêté préfectoral, le mécanicien mis par la chambre de commerce à la disposition d'un usager du matériel public destiné au déchargement des navires, est placé sous les ordres et la direction de cet usager, c'est celui-ci, et non la chambre de commerce, qui est responsable du dommage causé à un tiers par l'emploi maladroit de ce matériel.

Un entrepreneur de transports mettait à l'ordre d'un autre entrepreneur de transports un charretier avec son équipage pour effectuer toute la journée et sous la direction et l'autorité exclusives de celui-ci les transports que celui-là jugerait utiles; la Cour de Paris a constaté que, d'après la convention entre les deux entrepreneurs, le premier (commettant d'habitude du charretier) cessait pendant la durée de la location d'avoir sous ses ordres le charretier et que par suite la responsabilité du second entrepreneur était engagée quant à l'acci-

(1) Voir *infra*, sur la possibilité de ces conventions et son effet sur les tiers, le deuxième chapitre de la troisième partie.

(2) D. P. 1925. I. 134.

dent que le charretier avait causé pendant les transports effectués pour son compte (1).

Dans le même ordre d'idées, il a été jugé récemment que l'adjudicataire d'une coupe forestière domaniale n'est pas responsable, aux termes de l'article 1384, de l'incendie provoqué par une imprudence de son bûcheron au cours de l'incinération, par celui-ci, des ramiers provenant de la coupe, alors que le cahier des charges dispose que cette incinération doit avoir lieu au fur et à mesure de l'exploitation et suivant les indications du brigadier des Eaux et Forêts qui la dirigeait et la surveillait (2).

Mais en dehors de ces conventions ou d'un arrêté préfectoral qui tient lieu d'une convention, la jurisprudence se rapporte aux faits de la cause pour apprécier la force du lien qui se noue entre le préposé et le nouveau commettant. Par application de l'esprit et de la nature même de son critérium, la jurisprudence n'attribue la responsabilité qu'à un seul commettant, parce que, d'après la nature des choses, le préposé accomplissant dans un certain but un certain service, ne peut être sous la dépendance que d'une seule personne ou de plusieurs personnes ayant un intérêt commun comme dans le cas des associés.

S'il y a un abandon de la part du commettant habituel de son préposé pour le mettre totalement sous la dépendance d'une autre personne (un autre entrepreneur ou un particulier qui se sert du préposé comme domestique), le lien de préposition naît entre cette dernière personne et le préposé qui engage sa responsabilité tant qu'il est sous ses ordres et à son service.

(1) La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre cet arrêt le 26 janv. 1901. D. P. 1904. 1. 159.

(2) Cour de Caen, 17 juillet 1924. G. P. 1924. 2. 706. V. aussi Cass. crim. 1^{er} décembre 1916. D. P. 1917. 1. 119.

Une personne avait pris en location un moulin pour y faire le battage de marcs d'olives, et par la suite elle s'était appropriée le droit de mettre sous ses ordres les ouvriers qui y travaillaient. Ces ouvriers, qui étaient d'habitude les préposés du propriétaire du moulin, causèrent un incendie qui l'a détruit. Le locataire a été rendu responsable à raison de leur faute parce qu'il s'était chargé de la surveillance et du salaire de ces ouvriers (1).

Mais le fait de payer les salaires des ouvriers ne paraît pas être probant en lui-même. La Cour de Limoges (2) a jugé que l'entrepreneur de travaux publics qui fournit à l'Etat des ouvriers pour les travaux spéciaux exécutés en régie par l'administration n'est pas civilement responsable de l'accident arrivé à l'un de ces ouvriers par la faute d'un autre ouvrier également fourni par lui, alors que l'un et l'autre étaient attachés à un chantier autre que celui de l'entrepreneur, que ce chantier était dirigé et surveillé par les préposés de l'administration des Ponts et Chaussées, sous les ordres de qui ces ouvriers étaient placés ; l'entrepreneur payait pourtant les salaires des ouvriers, mais la Cour a estimé que cette circonstance ne modifie pas la cause surtout si l'on considère que l'entrepreneur était remboursé de ses avances par l'administration.

De la jurisprudence que nous venons de rapporter, nous concluons qu'il faut que l'abandon du préposé par son commettant habituel et sa mise sous les ordres du commettant d'occasion soit totale. Il faut que le commettant d'habitude n'ait plus, pendant le service rendu par le préposé au com-

(1) Req. 30 janvier 1856 D. P. 56. 1. 458. Remarquons que la responsabilité du locataire est contractuelle, et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1384.

(2) 23 juin 1890, D. P. 1892. 2. 570 et note.

mettant d'occasion, aucune qualité pour donner audit préposé aucun ordre. Dès qu'il possède une autorité sur celui-ci, dès qu'il l'a sous sa dépendance, le lien de préposition ne se rompt pas, et il reste responsable des faits de celui-ci. Il faut pour le dégagement de sa responsabilité qu'il se désintéresse de l'exécution de son service par le préposé.

Une espèce qui a traîné longtemps devant la justice nous montre bien la nécessité de cet abandon total pour transférer la qualité de commettant.

La Compagnie de navigation de Basse-Loire, ayant son bâtiment en réparation, loua du sieur Flornoy, armateur, un navire. Cet armateur avait insisté pour garder comme capitaine du navire le sieur Mahé, son préposé habituel, avec son équipage, malgré l'insistance de la Compagnie pour installer son capitaine et son équipage, ses préposés à elle, qui n'avaient plus de travail, leur bateau étant en réparation. Par l'imprudence du capitaine Mahé, le receveur Paradis, le seul employé installé par la Compagnie, fut tué. Un jugement du Tribunal de Nantes, approuvé par la Cour et qui engageait la responsabilité de l'armateur fut cassé pour insuffisance de motifs (1). La Cour d'Angers saisie de l'affaire jugea dans le même sens que le Tribunal de Nantes. La Cour constatait *que l'armateur avait imposé à la Compagnie l'emploi du capitaine et de l'équipage ordinaire du navire*; et que dans ces conditions l'affrètement du navire par la Compagnie n'avait pas pour effet de détruire les liens de commettant à préposé existant entre le propriétaire et le capitaine, l'affrètement ne pouvant disposer du navire qu'avec le concours de ceux auxquels la confiance du propriétaire armateur en avait remis la conduite. Par suite la Cour considérait que le propriétaire du navire restait respon-

(1) Ch. civ. 5 janvier 1891, D. P. 91. 1. 7.

sable des fautes commises par le capitaine dans le service qu'il lui avait confié (1). M. Planiol, dans sa note sur cet arrêt, semble vouloir établir une distinction dans le service du capitaine, distinction qui le rend alternativement préposé de la Compagnie et du propriétaire du navire, et qui se déduit d'ailleurs de quelques motifs de l'arrêt. « En tant qu'il s'agissait, nous dit M. Planiol, de la conduite matérielle du navire, de la route à suivre dans le fleuve, et de manœuvres à exécuter pour aborder chaque station et pour en partir, il (le capitaine) était le préposé de son armateur, envers lequel il restait responsable du navire, et qui n'avait eu confiance qu'en lui? Or la faute commise par le capitaine rentrait justement dans cet ordre de fonctions techniques pour lequel il relevait du propriétaire du navire. L'insistance du propriétaire de conserver l'équipage se justifiait par des raisons sérieuses, telle que le désir de conserver la direction du bateau à des hommes habitués à le conduire et en connaissant bien les qualités et les défauts. » La Chambre civile (2), saisie de nouveau d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'Angers, rejeta le pourvoi, considérant que le fait que le propriétaire du navire avait conservé le droit de donner directement ou par des préposés des ordres et des instructions à ce capitaine, le rendait responsable de sa faute. « Le juge de fait affirme, dit la Chambre civile, d'une manière suffisante que le capitaine était resté sous l'autorité de l'armateur, quand il constate que ledit capitaine étant maître à son bord, le représentant de la Compagnie n'avait pas le droit de suspendre le départ du navire le jour de l'accident, et que, seul le représentant de l'armateur aurait pu donner l'ordre de ne pas partir. »

(1) Cour d'Angers, 25 janvier 1892. D. P. 1892. 2. 465 et note de M. Planiol.

(2) 28 février 1894. D. P. 1894. 1. 264.

Nous ne pouvons qu'approuver cette théorie qui engage la responsabilité de l'armateur. En fait le capitaine était son préposé et ne dépendait en aucune façon de la Compagnie. Tous les éléments de la qualité de commettant manquaient à l'égard de celle-ci. Elle n'avait ni le choix, c'est-à-dire le droit de révoquer le capitaine, ni le droit de donner des ordres. La dépendance manquait. Nous allons plus loin que l'arrêt d'Angers et la note de M. Planiol. Nous dirons qu'il n'y a même pas lieu de distinguer dans les fonctions du capitaine. De toutes les façons il était le préposé du propriétaire même en dehors des fautes de services que nous représente M. Planiol. Le fait que la Compagnie avait le droit de tracer un itinéraire pour le capitaine ne le mettait pas sous sa dépendance, puisqu'elle ne pouvait pas le révoquer, ou lui donner l'ordre de partir. Cette situation peut être comparée à celle du client qui demande à un chauffeur de taxi de le conduire à une certaine adresse. Il peut lui donner des ordres à cet égard, l'arrêter pendant la route, changer d'itinéraire, mais cela ne met pas le chauffeur sous sa dépendance. Celui-ci ne peut dépendre que de la compagnie qui l'emploie.

Pourtant, il faut avouer qu'il est très délicat en pratique d'appliquer le critérium de dépendance, même avec cette précision que nous avons donnée d'après laquelle l'abandon du préposé doit être total. S'il y avait convention entre les parties pour définir cet abandon de subordination, la question serait moins difficile; mais d'une part ces conventions peuvent ne revêtir que la forme de clauses imposées d'une partie à l'autre et alors se pose la validité de telles clauses, question que nous traiterons dans la troisième partie, et d'un autre côté ces conventions, même sous la forme de clauses imposées ne sont pas très fréquentes en pratique, ou du moins ne sont pas claires dans la plupart des espèces soumises aux tribunaux. De

là, une contradiction et une confusion dans les décisions qui statuent sur des circonstances identiques.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Pau du 22 février 1924 (1), que nous approuvons, a statué sur l'espèce suivante : Un propriétaire d'une automobile prêtait sa voiture avec le chauffeur à sa sœur pour la durée de son séjour à Biarritz. Le chauffeur ayant causé un accident, la Cour rendait la sœur civilement responsable. En effet, le fait que le propriétaire de la voiture l'abandonnait à sa sœur avec son préposé le chauffeur, pendant les vacances, faisait de celle-ci la patronne, occasionnelle il est vrai, du chauffeur. L'arrêt a pris soin même de constater que le chauffeur avouait qu'il considérait la sœur comme sa nouvelle patronne. La longue durée crée le lien de dépendance contrairement au cas où on prête la voiture avec le chauffeur à un ami pour lui permettre de faire des courses pendant quelques heures. Dès que cet abandon se prolonge pendant une durée considérable, la dépendance qui existe entre le nouveau maître et le chauffeur, qui était faible dans l'autre cas, prend une consistance suffisante pour créer le lien de préposition.

Or dans des circonstances presque identiques, le Tribunal de Fontainebleau (2) a rendu un jugement en sens contraire. Un médecin pendant ses vacances avait autorisé son remplaçant à employer sa voiture et son chauffeur pour faire ses courses et visiter ses malades. Un accident étant survenu au cours d'une promenade organisée par le remplaçant, le Tribunal déclara le premier médecin, propriétaire de la voiture et commettant d'habitude du chauffeur, responsable de l'accident!!!

Ces contradictions et ces confusions se rencontrent plus souvent dans un autre genre d'espèces : celles où un entrepre-

(1) G. P. 1924. 1. 744.

(2) Le 17 novembre 1911. D. P. 13. 2. 152.

neur de transports met son préposé à la disposition d'une autre personne.

Etant donné l'obscurité de la jurisprudence en cette matière, nous nous croyons obligés de donner les principes qui se dégagent du critérium que nous avons posé. Nous essayerons ensuite de démontrer si la jurisprudence les applique ou non. On pourra dire que, d'une façon générale, et en application du critérium, aussi longtemps que la situation du prétendu commettant d'occasion peut être comparée à celle d'une personne qui loue le service d'un chauffeur de taxi, la dépendance ne se crée pas entre le nouveau maître et le préposé; le lien qui rattache le client au chauffeur du taxi mis à la disposition du public, et *qui le met d'une certaine façon et jusqu'à un certain degré* à la disposition du client, n'est qu'un *lien précaire* qui ne suffit pas pour engendrer l'état de dépendance. Le chauffeur est toujours présumé le préposé du maître de voiture de qui il entend recevoir les ordres et les instructions et qui seul peut le révoquer. Or, tant que le nouveau maître en matière de transport est dans la situation de ce client, vis-à-vis du chauffeur du taxi, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1384; mais il peut y avoir lieu d'appliquer les articles 1382 et 1383 sur la responsabilité directe.

Un entrepreneur de transports met à la disposition d'un commerçant et pour un prix fixe un ou deux de ses préposés avec leur équipage pour être à ses ordres pendant un jour (ou plusieurs jours) pour le transport de ses marchandises. Dans ce cas le commerçant n'exerce pas sur lesdits préposés plus d'autorité que n'en exerce le client sur le chauffeur de taxi; il lui fixe l'itinéraire, lui indique le travail à faire, mais le préposé entend rester toujours sous l'autorité de son maître habituel qui lui paye ses salaires et qui n'entend pas aliéner son autorité sur lui. Si le chauffeur ou le cocher cause un

accident, la responsabilité basée sur l'article 1384 ne peut tomber que sur le patron habituel.

Mais il peut arriver que la responsabilité du maître occasionnel soit engagée. Il donne des ordres spéciaux d'excès de vitesse par exemple, ou de chargement extraordinaire de camion, ce qui peut causer un accident; dans un pareil cas il peut être responsable, mais par application de l'article 1383 si on constate qu'il y a un lien de causalité suffisante entre l'ordre donné et l'accident survenu. Mais jamais dans l'hypothèse que nous avons exposée, il ne sera responsable d'après l'article 1384. Il en faut dire autant de la responsabilité du client qui ordonne au chauffeur du taxi de marcher à une vitesse extrême. Il ne peut être responsable, en cas d'accident, que d'après l'article 1383.

La jurisprudence, bien qu'elle ne pose pas le principe nettement, juge généralement dans ce sens (1); bien qu'elle y ait dérogé dans quelques décisions (2).

Une autre série de jurisprudence, dans un ordre d'idées qui se rapproche du précédent, contredit les décisions déjà citées et pose parfois les principes d'une manière défectueuse.

Le propriétaire d'un garage met un de ses chauffeurs à la disposition d'un acheteur d'auto pour essayer une voiture, ou le met à sa disposition pour un temps déterminé.

Dans la première hypothèse il n'y a pas de doute qu'il n'y

(1) V. Cours de Paris, 3 janvier 1913, G. P. 13. 1. 637; Cour de Bourges, 5 décembre 1910. S. 1911. 2. 16; Cour d'Angers, 26 mai 1925. D. H. 1925. 522; Cass. crim. 8 mai 1908, G. P. 1908. 1. 696; Tribunal de Boulogne, 20 octobre 1922, G. P. 1922. 5. 13; Cass. crim. 21 octobre 1926, D. H. 1926. 498.

(2) V. Tribunal de Boulogne, 21 juillet 1916. *Gaz. des Tribunaux*, 1916. 2. 247. Cour de Douai, 5 mars 1895. G. P. 1895. 2. 64; même Cour, 14 mars 1879 et Tribunal de Lille, 6 décembre 1878, D. P. 1880. 2. 43; Cour de Paris, 27 février 1892, D. P. 1892. 2. 467.

a pas lieu d'appliquer l'article 1384 en ce qui concerne le client (1) et il n'y a pas lieu de distinguer entre les ordres techniques qui font du chauffeur le préposé de son commettant habituel, et les autres ordres (itinéraire, vitesse) qui le rendent le préposé du client, comme l'a fait le Tribunal de Narbonne le 8 janvier 1913 (2); le chauffeur dans cette hypothèse n'est que le préposé du propriétaire du garage; l'autorité du client sur lui n'est que précaire; les ordres qu'il peut lui donner ne peuvent engager sa responsabilité que d'après les articles 1382 et 1383.

Mais la situation peut changer si l'abandon du chauffeur est fait pour un certain temps. C'est le cas soumis au Tribunal civil de la Seine (3). Un fabricant de voitures avait mis à la disposition d'un acheteur d'automobiles un chauffeur pendant l'apprentissage de son propre chauffeur. Un accident s'étant produit, le Tribunal de la Seine engagea à juste titre la responsabilité de l'acheteur conformément à l'article 1384. En effet, le lien de dépendance ne fait pas de doute en ce cas; on ne peut pas relever une différence entre le cas de ce chauffeur temporaire dans ces circonstances et le cas du chauffeur habituel d'un propriétaire de voiture. Il n'y a aucun doute que l'appropriation de ce chauffeur, est, dans ce cas, complète. Le fait de ne pas l'avoir choisi ne compte pas, puisque l'acheteur peut toujours le révoquer, et que d'habitude le procédé normal pour choisir un chauffeur est de s'adresser à des personnes dans le genre du fabricant qui a fourni ledit préposé.

(1) V. Tribunal d'Evreux, 7 nov. 1913. G. P. 1913, 2. 673 et Tribunal de Langres, 3 juin 1926, D. H. 26. 462.

(2) D. P. 1914, 2. 29 V. aussi Req. 7 nov. 1910, D. P. 1912, 1. 327.

(3) 6 février 1907, D. P. 1907, 5. 38. *Gazette des Tribunaux*, 1907, 2. 141 V. pourtant Cass. crim. 3 avril 1908. S. 109, 1. 423, *Gazette des Tribunaux*, 1908, 2. 176.

Nous voyons par là qu'en dépit de son application délicate, vu les circonstances qui peuvent changer le caractère des choses, le critérium de dépendance reste intact et inébranlable ; il est toujours le seul capable de résoudre les difficultés.

La théorie du risque, non seulement n'arrive pas à résoudre les difficultés que nous avons relevées, mais elle aboutit au surplus, à un résultat que la jurisprudence n'a jamais consacré qu'une seule fois (1). Ce résultat c'est l'engagement des deux patrons, ordinaire et occasionnel à la fois, puisque chacun d'eux tire profit du travail du préposé. L'entrepreneur de transports spéculé sur le travail de son commis autant que le commerçant pour qui celui-ci travaille momentanément. M. Demogue avoue ce résultat quand il dit (2) : « Mais du côté économique, on ne voit pas de base de solution nette. Car chacun des patrons tire profit du travail de l'ouvrier. »

SECTION IV. — *Le rapport entre la notion du mandat et celle du préposé.*

Le mandant est-il responsable du dol commis par son mandataire dans l'exécution du mandat ? est-il responsable des actes accomplis par le mandataire en dehors de ceux qui sont prévus dans le pouvoir à lui donné ? est-il responsable des délits et quasi-délits commis par celui-ci ? Et s'il en est responsable dans ces cas, sur quels principes peut-on baser sa responsabilité ? Peut-on le considérer comme le commettant de son mandataire et ainsi appliquer dans ce cas l'article 1384-3 ?

Ce sont là les questions qu'on peut se poser pour déter-

(1) V. l'arrêt précité de la Cour de Nancy, 5 décembre 1896. D. P., 1897, 2. 434.

(2) T. V, p. 107, n° 909.

miner jusqu'à quelle limite la notion de mandat s'infiltré dans le rôle du préposé. Mais il est fâcheux de relever, dans la solution que l'on s'efforce de donner à ces questions, une confusion qui s'étend aussi bien à la doctrine qu'à la jurisprudence. En présence d'une incohérence aussi regrettable, nous serons obligé de poser d'abord les vrais principes qui se dégagent du contrat de mandat en les opposant à ceux qui se dégagent du lien de préposition. Une fois cette opération achevée, la tâche d'apprécier la doctrine et la jurisprudence sera moins difficile.

Nous devons à l'étude de M. Becqué (1) une fixation très nette des principes de l'effet du mandat.

Voyons d'abord le cas où le représentant agit avec mauvaise foi et trompe dolosivement l'autre partie, ou encore commet un *culpa in contrahendo* dans un contrat qu'il avait le pouvoir de conclure. D'après l'exemple donné par M. Becqué, si le représentant promet une prestation impossible, alors que d'après les circonstances il aurait dû connaître l'obstacle qui s'opposait à la formation du contrat, ou si plus généralement le contrat est par sa faute entaché d'une cause de nullité, dans ce cas le représenté est-il responsable envers l'autre partie dans la mesure de l'intérêt négatif, c'est-à-dire de l'intérêt que celle-ci aurait eu à ne pas s'engager dans le contrat qui se trouve nul ?

La responsabilité du représenté est ici admise à peu près par tous les auteurs (2). Mais cette responsabilité étant admise,

(1) *Rev. trim.* 1914, pp. 254 et suiv.

(2) V. pourtant BAUDRY et BARDE, *Oblig.*, n° 112 qui estiment que celui-ci ne peut être responsable d'une conduite dolosive ou fautive qu'il n'a pas autorisée, et qui par suite apparaît contraire à sa volonté; le dol ou la faute du représentant sort, d'après eux, de la limite de ses pouvoirs et ne peut engager que lui seul.

on se demande sur quels principes elle repose. Cette responsabilité est en effet, le résultat du contrat de mandat lui-même, combiné avec la théorie de *culpa in contrahendo*. Comme le dit M. Becqué (1) : « En effet, le représentant contracte lui-même, c'est son propre consentement qui est à la base de la convention et des engagements accessoires qui l'accompagnent ; seulement, et c'est là le but même de l'institution juridique de la représentation, leurs effets se produisent dans le patrimoine du représenté : or il en est ainsi de l'engagement tacite pris par le représentant de ne pas nuire à son cocontractant par son dol ou par sa faute dans la conclusion du contrat ; la violation de cet engagement fait donc naître une responsabilité précontractuelle à la charge du représenté. » La responsabilité dans ce cas n'est pas délictuelle, ce n'est pas une responsabilité du fait d'autrui, mais c'est l'effet même de la fiction de représentation. « En vertu de la notion moderne de représentation, la volonté du représentant se substitue avec tous ses éléments psychologiques à celle du représenté. » Les effets de la volonté du premier dans la limite du mandat « passent en quelque sorte par-dessus sa tête pour se réaliser directement et immédiatement dans la personne du véritable intéressé ».

Tout cela n'est vrai qu'autant que le représentant reste dans la limite du pouvoir qui lui a été donné, qu'il conclut des contrats qu'il avait le droit de conclure et que l'acte qui lui est reproché est un abus, mais non pas un excès de pouvoir. Mais dès que le représentant sort de la limite de son pouvoir et conclut des engagements qu'il n'avait pas, d'après son contrat de mandat, le droit de conclure, ou qu'il contracte des obligations que le mandat dont il est chargé n'avait pas pré-

(1) *Op. cit.*, p. 256.

vues ou n'avait prévues que dans certaines limites ou pour une certaine somme, dès ce moment-là les principes que nous avons posés ne permettent plus d'admettre la responsabilité du représenté. Il y a ici un excès de pouvoir. La fiction de représentation ne peut pas s'étendre à des obligations ou à des contrats qui vont au delà de ce qui est porté dans le mandat (art. 1998). Mais il peut se présenter tel cas où le représenté soit tenu pour une raison d'ordre tout différent. Nous avons ici en vue l'hypothèse où le représentant a commis un excès de pouvoir dans certaines conditions que nous allons exposer : le représenté sera alors tenu non pas d'après la fiction de la représentation, mais d'après les articles 1382 et 1383, Code civil. Seulement, il est indispensable ici que le représenté ait commis une faute, que le mandat ait été par exemple rédigé dans des termes équivoques qui aient pu tromper l'autre partie, laquelle aurait été autorisée à croire que le représentant agissait dans les limites de son pouvoir ; ou encore que le représenté ait laissé entre les mains de son représentant une procuration en blanc devenue sans objet et dont le représentant aurait abusé. Dans ces cas l'autre partie peut reprocher au représenté la faute qu'il a commise et lui réclamer la réparation du dommage qu'elle a subie par la faute de celui-ci.

Nous voyons ainsi que la responsabilité du représentant est, en règle générale précontractuelle, qu'il y a lieu, quelquefois, et sous certaines conditions, d'appliquer les articles 1382 et 1383 ; mais peut-on appliquer l'article 1384 et considérer dans tous les cas ou au moins dans le premier cas où il y a un abus dans les limites du pouvoir, que le représenté est le commettant de son représentant, ou pour parler autrement que le mandat crée entre le représenté et le représentant le lien de préposition ?

C'est ce qu'admettent les auteurs de droit commercial à propos des administrateurs et gérants de société qui ont abusé de la signature sociale (1).

Dans le même sens, M. Demogue nous dit : « ... ensuite on peut admettre que le mandant est ici responsable par suite de l'article 1384, pour cette raison qu'il est un commettant » (2).

Mais cette façon de voir est repoussée par M. Sourdat qui nous dit en comparant la situation du mandataire à celle du préposé : « Le premier représente son mandant dans des actes juridiques, emportant d'une manière expresse, obligation ou décharge, dans l'administration générale ou spéciale de sa fortune, de ses affaires ; le second dans des actes d'exécution matérielle. La qualité de mandataire suppose, chez celui qui en est revêtu, une mission moins étroite, et beaucoup moins d'initiative ; elle n'implique pas l'idée de subordination et d'infériorité vis-à-vis du mandant (3). »

Dans le même sens, M. Becqué (4) s'exprime ainsi : « l'assimilation du représentant au préposé dont parle l'article 1384 doit être repoussée si l'on voit, comme nous inclinons à le faire, dans la responsabilité du représenté pour son fait, une responsabilité précontractuelle ; d'autre part le représentant, qui jouit dans l'exécution de son mandat de liberté et d'initiative personnelles, n'est pas vis-à-vis du représenté, dans le lien de dépendance et de subordination nécessaires pour qu'il y ait un préposé au sens légal de ce mot ».

Cet avis, soutenu par M. Sourdat et M. Becqué, n'est pas reprochable. En effet, en règle générale, le mandataire ne

(1) V. THALLER, *Traité élémentaire du Droit commercial*, n° 412 ; PERCEAU, *Les abus de la raison sociale*, *Annales du droit commercial*, 1898, p. 136 et WAHL, note sur S. 95. I. 241.

(2) T. I, n° 137 et t. V, n° 900.

(3) T. II, p. 113, n° 886.

(4) *Op. cit.*, p. 255.

présente pas le caractère d'un préposé. Son initiative et son indépendance ne permettent pas de lui attribuer cette qualité. Mais étant donné que le lien de préposition ne dépend pas d'un certain contrat, bien qu'il se présente d'habitude à propos de certains contrats, ceux de louage de service et de louage d'industrie, on peut dire que rien en pratique n'empêche qu'un certain mandataire se trouve vis-à-vis de son mandant dans un état de dépendance suffisante pour créer le lien de préposition. Il est vrai que dans un cas pareil, il arrive, infailliblement, que la qualité de mandataire n'existe qu'à titre accidentel, et que ce soit la qualité de préposé qui caractérise la situation dudit mandataire à l'égard de son mandant. Ce sera le cas où un commettant charge son préposé qui a pour fonction habituelle d'accomplir des actes matériels pour son commettant, de conclure un contrat en son nom. Le fait que le préposé commet un délit ou un quasi-délit en concluant ce contrat, malgré qu'il se présente à propos d'un acte juridique, n'empêche pas que ledit mandataire se trouve dans un état de dépendance vis-à-vis de son mandant et qu'en accomplissant un acte juridique il ne soit pas sorti de ses fonctions.

Mais cette observation admise, il n'en reste pas moins vrai que le mandat en tant que mandat n'engendre pas le lien de préposition et que les circonstances envisagées ne nous transportent hors du terrain de mandat.

A l'appui de cette opinion, nous avons l'autorité de MM. Colin et Capitant qui trouvent (t. II, p. 716) « que le mandant est tenu en vertu de l'article 1384 envers les victimes des délits, *si le mandataire présente le caractère d'un commis ou préposé* » (1).

(1) V. aussi BARTIN sur AUBRY et RAU. En traitant le mandat et à propos des délits et quasi-délits du mandataire, l'excellent auteur nous dit (t. VI, pp. 184-185) que « les délits et quasi-délits civils commis par

Nous voyons par là qu'il n'est pas possible d'admettre le lien de préposition dans le cas de mandat (sauf les circonstances que nous avons exposées), malgré la jurisprudence qui admet cette solution sous prétexte que le mandant a choisi son mandataire, et qu'il lui donne des instructions. Nous avons vu que le critérium de préposition ne pourra pas exister parce que ces instructions ne mettent pas le mandataire sous la dépendance du mandant.

Pourtant, si on applique l'idée de profit rien n'empêche d'engager la responsabilité du mandant d'après l'article 1384. C'est au moins ce qu'admet M. Demogue lorsqu'il avance que le motif de choix et d'instructions donné par la jurisprudence pour rattacher la responsabilité du mandant à l'article 1384 est trop étroit et lorsqu'il en propose un autre : celui du risque. « Il nous semble rationnel, nous dit M. Demogue (1), d'admettre que le représenté doit avoir les risques de la représentation, celle-ci augmente sa puissance d'action, elle peut même lui donner une possibilité d'agir qu'il n'aurait pas sans cela s'il est incapable d'exercice. Il doit supporter les mauvaises chances qui en résultent. La puissance d'action augmente les surfaces de frottement d'une activité avec les autres.

le mandataire dans l'exécution de son mandat n'obligent, vis-à-vis des victimes, que le mandataire », et il renvoie lui-même à la proposition formulée à propos de la responsabilité du commettant, pour la rapprocher de celle que nous venons de citer. A propos de cette responsabilité de commettant il nous dit après avoir donné les conditions nécessaires pour qu'une personne ait vis-à-vis d'une autre la qualité de commettant : « il importe aussi peu que le préposé fasse pour le compte du commettant des actes juridiques ou accomplisse pour lui des faits matériels ». (p. 383). Comp. la thèse de M. Popesco-Ramniceano sur la *Représentation*, Paris, 1927, p. 303.

(1) T. III, n° 337.

Il est juste qu'elle augmente les responsabilités comme les chances de gain (1). »

Mais cette théorie qui engage la responsabilité du mandant, bien qu'elle ait été accueillie par une jurisprudence d'ailleurs condamnée, se heurte aux principes qui se dégagent de la nature du contrat de mandat lui-même, et qui sont les seuls vrais. En appliquant notre critérium de jurisprudence nous éviterons ce conflit et nous laisserons le champ libre pour l'application de la responsabilité précontractuelle.

Les principes que nous venons de poser sont bien exposés par l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1880 : « Si le mandataire n'oblige le mandant vis-à-vis des tiers que lorsqu'il s'engage dans les limites du mandat, le mandant n'en reste pas moins lié si son mandataire, au lieu d'outrepasser les pouvoirs qu'il a reçus, s'est tenu dans les limites où ils lui sont confiés et a seulement commis des fautes de gestion auxquelles les tiers sont restés étrangers (2). »

La Chambre des requêtes par son arrêt du 30 juillet 1895 (3) semble aussi consacrer les justes principes. La Cour a jugé qu'une société anonyme, qui charge une maison de banque d'une émission d'action, est responsable vis-à-vis des tiers qui ont été déterminés à souscrire par des manœuvres frauduleuses commises par cette maison de banque en provoquant et en recueillant les souscriptions. La banque est bien le mandataire de la société anonyme et la fraude qu'elle a commise est un abus mais non un excès de mandat (4). La Cour de cassation a

(1) V. aussi t. V, n° 900.

(2) S. 80. I. 412.

(3) D. P. 96. I. 133. S. 96. I. 288.

(4) V. cependant l'arrêt de la Cour de Lyon du 28 février 1894, statuant sur la même affaire mais qui commet une confusion et invoque l'article 1384. Voir aussi comme judicieuse application des

bien appliqué les principes puisqu'elle a considéré la société responsable d'après l'effet du mandat.

Mais en dehors de ces arrêts on relève dans la jurisprudence des divergences d'ordres différents. Le mandataire d'un acquéreur d'une coupe de bois avait commis une simulation frauduleuse dans l'acte de vente, ce qui est bel et bien un abus de mandat engageant la responsabilité précontractuelle du mandant. Mais la Chambre civile, le 4 décembre 1899, a estimé que « bien qu'il ne soit point établi que le mandant ait institué son mandataire en vue de cette dissimulation frauduleuse, il est responsable envers l'autre partie, tiers de bonne foi, du dol et de la fraude du mandataire qu'il a *imprudement choisi* ». La solution est juste, mais elle est motivée d'une manière défectueuse : il n'y avait pas lieu en effet d'invoquer le choix, ni même d'invoquer un choix imprudent, c'est-à-dire une faute de la part du mandant, puisque l'application des principes du mandat suffisait pour engager la responsabilité du mandant dans ce cas.

Cette confusion paraît plus saillante encore dans un arrêt de la Cour de Nancy du 23 février 1890 (1). Le mandataire d'un entrepreneur de fournitures pour les prisons avait le pouvoir, d'après le contrat de mandat, d'accepter des traites tirées sur le mandant. Le mandataire en acceptant une traite émise sans cause, ne dépassait pas le mandat, mais en abusait. La Cour de Nancy a rendu, avec raison, l'entrepreneur responsable du paiement de la traite, mais elle s'est basée sur

principes l'arrêt de Bordeaux du 13 novembre 1890. D. P. 1892. 2. 364 et l'arrêt de Lyon du 28 juillet 1908. D. P. 1909. 2. 175, confirmé par celui de la Chambre des requêtes du 27 février 1910. D. P. 1910. 1. 72, qui donne une solution juste mais dont les considérants ne permettent pas de savoir s'il veut appliquer l'article 1898 ou l'article 1384.

(1) G. P. 1890. 1. 533.

l'article 1384 en disant : « il serait contraire à tous les principes et aux notions les plus élémentaires de l'équité que les tiers qui ont traité de bonne foi avec ce préposé, désigné à leur confiance par son commettant lui-même et au choix duquel ils sont demeurés étrangers, fussent à un titre quelconque responsables des fautes par lui commises dans l'exécution de son mandat ».

Dans ces deux arrêts, il y avait une confusion certaine entre les principes du mandat et ceux de l'article 1384. Mais on peut se demander comme nous l'avons fait plus haut, si les circonstances de fait ne montraient pas qu'il y a en effet entre le mandant et le mandataire une relation de commettant et de préposé. Les deux arrêts précédents se sont basés sur le choix de mandataire pour constater ce lien. Mais un arrêt de la Chambre criminelle du 19 janvier 1901 (1) a rendu une compagnie d'assurances responsable des détournements commis par l'un de ses préposés, « attendu qu'il n'était pas seulement son mandataire dans les actes par lesquels il la représentait, mais encore et surtout son préposé, *puisque'il était placé sous la dépendance étroite de la compagnie et n'agissait que d'après ses ordres et ses instructions* ».

Nous avons démontré, en énonçant les principes qui se dégagent des effets du mandat, que la responsabilité du mandant est hors de cause dès que le dommage causé par le mandataire résulte d'un acte fait en dehors des limites du mandat, mais que la responsabilité du mandant peut au contraire être engagée si on peut relever contre lui une faute personnelle. Dans ce dernier cas, on appliquera l'article 1383. C'est ce qui a été décidé par la Chambre des requêtes (2) qui a déclaré

(1) D. P. 1901. I. 402.

(2) 23 octobre 1905. D. P. 1906. I. 16.

une compagnie d'assurances responsable des sommes détournées par son mandataire lequel avait excédé son mandat tel qu'il était déterminé par le titre de sa nomination et les statuts de la compagnie. La Cour a basé sa décision sur ce fait que la qualité d'agent général donnée à ce mandataire par la compagnie était de nature à faire croire qu'il avait reçu d'elle un mandat général pour les affaires traitées pour son compte, ce qui constituait aux yeux de la Cour une faute propre à la compagnie.

Un mandataire avait excédé son pouvoir en tirant des traites sur de prétendus clients sans les avoir endossées au nom de son mandant, comme il était convenu dans le contrat de mandat. Mais bien qu'il y ait eu un excès du mandat, la Cour de Dijon dans son arrêt du 25 février 1874, confirmé par celui de la Chambre des requêtes du 14 juin 1875 (1) a estimé que si le mandant n'est pas tenu de ce qui a pu être fait au delà du mandat, c'est à la condition que par les pouvoirs apparents qu'il a donnés il n'ait point contribué lui-même à tromper les tiers de bonne foi.

Une application très intéressante de la responsabilité directe du mandant a été soumise à la Cour de Paris (2). Un mandant avait donné à son mandataire une procuration d'emprunter, mais jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Le mandataire ayant dépassé cette somme, la Cour n'en a pas moins rendu le mandant responsable, parce que la procuration était conçue dans des termes équivoques qui pouvaient aussi bien nuire au mandant que tromper les tiers. En donnant ainsi une solution juste, la Cour appliquait mal le droit : elle invoquait l'article 1384 (3), au lieu de l'article 1383.

(1) S. 75. I. 368

(2) 25 mars 1892, D. P. 92.2.263.

(3) V. dans le même sens et comme exemple d'une confusion analogue, Cass. civ., 15 décembre 1926, D. H. 1927, p. 50.

Mais pour appliquer la responsabilité directe du mandant, il faut qu'il ait commis une négligence fautive. Une fois qu'il a fait le nécessaire pour porter à la connaissance des tiers la limite du pouvoir de son mandataire, il ne peut pas être responsable des actes commis en dehors du mandat. C'est ce qui a été jugé par la Cour d'Orléans le 12 novembre 1860 (1). Une compagnie d'assurances n'est pas responsable des abus de confiance commis par son agent si, par la simple lecture des actes d'adhésions ou de polices qu'elle a signés, la personne qui a été victime de l'abus de confiance a pu connaître quelles étaient les limites des pouvoirs de l'agent. La Cour a constaté que des avis imprimés en gros caractères étaient insérés dans la police à proximité de la place où le client devait apposer sa signature et que ces avis limitaient le pouvoir de l'agent. Cet arrêt est à rapprocher de celui de la Chambre des requêtes du 23 octobre 1905 précité (2).

Maintenant que nous avons énuméré, dans cette section, les divers cas dans lesquels le lien de préposition peut se présenter, nous pouvons de cet exposé tirer une conclusion.

Une idée générale se dégage. C'est que le lien de préposition ne revêt pas une forme spéciale : il se présente la plupart du temps à propos d'un contrat spécial, celui de louage de travail, mais comme c'est un lien de fait et non de droit, cette fréquence ne peut pas être considérée comme une règle générale. Le louage de personnes étant un contrat synallagmatique, exige des conditions essentielles en l'absence desquelles le contrat n'existera plus et parmi elles, il faut noter la rémunération. Tout autre est le lien de préposition ; il est formé de

(1) D. P. 1861. 2. 21.

(2) Pourtant on peut se demander si l'agent de la Compagnie d'assurance ne présente pas le caractère d'un préposé et si dans ce cas il engage la responsabilité de la compagnie.

certaines éléments qui ne coïncident pas avec ceux du contrat de louage de personnes. Le lien de préposition peut exister sans rémunération, et cette situation exclut bien le contrat de louage de personnes. D'autre part, on peut se trouver devant un contrat de louage d'industrie mais qui ne crée pas le lien de préposition, le caractère spécial de ce dernier étant absent.

Nous avons vu qu'au contraire, le contrat de mandat ne crée pas en général le lien de préposition, mais que ce lien peut s'y trouver exceptionnellement, ce qui vient à l'appui de cette constatation que le lien de préposition n'est qu'un lien de fait.

Dans la section III du chapitre précédent nous avons traité le fondement de la responsabilité *contractuelle* d'une personne (d'un débiteur) à raison des faits d'une autre personne. Pour faire suite à cette question de la responsabilité contractuelle et comme corollaire de la notion de préposé, nous devons répondre à cette question : quelles sont les personnes du fait desquelles un débiteur peut être tenu pour responsable, lorsque ce fait l'a empêché d'exécuter son obligation ?

D'après la terminologie de M. Becqué, ces auxiliaires peuvent être ou bien des *substituts* ou bien des *aides* (1). Le débiteur répond de la faute de son substitut qui a causé l'inexécution de l'obligation dudit débiteur. L'article 1735 du Code civil nous donne un exemple et une application de ce principe. « Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de la maison ou de ses *sous-locataires*. »

« Toutes les fois, nous dit M. Becqué, qu'il s'agit d'une obligation comportant la livraison ou la restitution d'une

(1) BECQUÉ, *op. cit.*, pp. 250 et suiv.

chose déterminée dans son individualité, le débiteur répond de ceux à qui il a loué cette chose ou à qui il l'a cédée intérimairement, et qui sont ses ayant-cause relativement à elle : fermiers, locataires, commodataires, emprunteurs, dépositaires ; bien que ceux-ci en jouissent dans leur intérêt propre, le débiteur est censé la leur avoir confié en vue de sa restitution ultérieure au créancier (1). »

Les aides comprennent non seulement les agents et les domestiques, mais toute personne à qui le débiteur a recours pour exécuter son obligation. Cela comprend, comme nous le dit l'article 101 du Code fédéral suisse, les « personnes vivant en ménage avec lui (le débiteur) ». L'article 1735 du Code civil fait une application de ce principe lorsqu'il rend le locataire responsable des « personnes de sa maison ».

Mais pour engager la responsabilité à raison des faits de ces personnes, il faut qu'il les ait chargées volontairement d'exécuter son obligation en totalité ou en partie. Ainsi il ne répondra du fait du gérant d'affaires que s'il ratifie la gestion.

(1) BECQUÉ, *op. cit.*, pp. 291, 292.

DEUXIÈME PARTIE

LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ DU COMMETTANT ET LA NOTION DE FONCTION

DEUXIÈME PARTIE

Les conditions de la responsabilité du commettant et la notion de fonction

Pour que l'alinéa 3 de l'article 1384 puisse s'appliquer, il faut que les trois conditions suivantes soient réunies :

1° Qu'il s'agisse d'une personne qui ait le caractère d'un préposé ;

2° Que ce préposé cause à un tiers un dommage par sa faute ;

3° Que cette faute soit commise dans la fonction à laquelle le préposé a été employé.

Nous avons étudié la première condition qui a fait l'objet du chapitre II, de la première partie. Il ne nous reste qu'à déterminer les deux autres conditions, dont la troisième est la plus importante, et la plus délicate et qui est le vrai sujet de cette partie.

La responsabilité du commettant étant basée sur une idée de garantie, il faudra que le dommage causé au tiers soit le résultat d'une faute de la part du préposé. La responsabilité fautive du préposé est une question préjudiciable à la responsabilité du commettant. Celle-ci suppose l'existence de la première, laquelle est une responsabilité du droit commun et qui doit réunir les éléments de toute responsabilité fautive, telle que l'ont définie les articles 1382 et 1383. Si bien que,

même d'après les partisans de la théorie du risque comme base de la responsabilité du commettant, la responsabilité fautive n'en est pas moins nécessaire. « Il faudra, nous dit M. Demogue (1), que le préposé ait causé un dommage et qu'il l'ait causé par un acte fautif. Cet acte devra être tel non seulement au point de vue objectif, mais même au point de vue subjectif... Nous admettrons ce système, tout en donnant à l'article 1384-3 une explication tirée de l'idée de risque. Car il n'y a rien de contradictoire de dire qu'on supporte le risque des fautes d'autrui. »

La conséquence directe de cela c'est que le commettant ne sera plus responsable si au moment de l'acte les facultés mentales du préposé ne sont plus entières car dans ce cas il est lui-même non responsable. C'est ce qui a été jugé par le Tribunal de Lyon le 27 mai 1908 (2) à propos de la responsabilité du patron d'un chauffeur pris de syncope.

La jurisprudence est très ferme dans l'application de cette condition rationnelle. Il a été jugé qu'en l'absence de faute du préposé la responsabilité du commettant ne peut être engagée, par exemple dans un accident d'automobile (3) ou encore dans un accident de tramway (4). La faute de la victime a été jugée suffisante pour faire écarter celle du préposé et acquitter par suite le commettant (5).

(1) T. V, p. 133.

(2) Droit, 6 janvier 1910.

(3) Req. 22 mars 1911, S. 14. 1. 213.

(4) Cass. 13 juillet 1902, S. 03. 1. 524.

(5) V. Req. 17 novembre 1884. S. 85. 1. 360; Trib. de Pontoise, 13 février 1906, D. P. 06, 5. 71; Nancy, 3 mai 1920, D. 1920. 2. 117; V. aussi pour la faute commune raison pour partager la responsabilité. Chambéry, 27 janvier 1903, D. P. 05. 2. 285; Req. 24 novembre 1909, G. Trib. 1910. 1. 168; Cass. civ. 23 février, 1921; Bull. cass. civ., 7 février 1921 et Cour d'Alexandrie, 27 décembre 1905, *G. Tribunaux mixtes*, XVIII, 52.

Ainsi le cas fortuit de même que la faute d'un tiers dégagent la responsabilité du préposé et, par voie de conséquence, celle du commettant (1).

Mais dès qu'il y a faute du préposé, il importe peu que le dommage causé soit matériel ou moral (2). Un concierge qui profère des propos diffamatoires contre un tiers engage la responsabilité du propriétaire. La responsabilité sera directe ou indirecte suivant le cas : un accident ayant été causé à un tiers par un individu qui s'était emparé de l'automobile abandonnée momentanément sur la voie publique, sans surveillance efficace, par le conducteur préposé du propriétaire de l'automobile, le conducteur a été considéré comme responsable de l'accident (3).

Un charretier, malgré la défense du patron, s'était fait remplacer par un adolescent qui s'était blessé : comme le charretier avait agi dans l'exercice de ses fonctions, il a été considéré comme ayant été la cause du dommage survenu à l'adolescent par sa faute, et ainsi s'est trouvée engagée la responsabilité de son maître (4).

Nous arrivons maintenant à la troisième condition qui nous retiendra plus longtemps.

(1) Cass. civ. 31 juillet 1905 ; *Gaz. Trib.* 1906. I. 87.

(2) V. Paris, 16 juin 1896. S. 96. 2. 208.

Douai, 31 décembre 1900, Sir. 03. 2. 286 et AUBRY et RAU, VI, p. 380, note 13 *quater*.

(4) Alger, 28 novembre 1900, M. Lyon, 29 mai 1901 ; DEMOGUE, t. V, p. 135.

CHAPITRE UNIQUE

La notion de fonction comme restriction à la responsabilité du commettant

Dans une première section, nous exposerons le mouvement jurisprudentiel en ce qui concerne la notion de fonction et l'extension exagérée que la jurisprudence donne à cette notion; dans une deuxième section nous discuterons cette jurisprudence et nous poserons les principes de démarcation; dans une troisième section nous traiterons la notion de fonction en ce qui concerne la responsabilité contractuelle, autrement dit la question de savoir dans quelle mesure le commettant (le débiteur) peut être responsable du fait de ses auxiliaires en cas d'inexécution du contrat, section qui fera suite à la troisième section du chapitre premier de la première partie ainsi qu'à la quatrième section *in fine* du chapitre second de la première partie.

SECTION I^{re}. — *Le mouvement jurisprudentiel.*

L'article 1384, alinéa 3, nous dit que les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés « dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Le texte semble assez restrictif, mais il va sans dire que si le préposé exécute mal sa fonction, il n'engagera pas moins la responsabilité de son commettant.

Voici quelques espèces choisies dans la copieuse jurisprudence rendue sur la question :

Un conducteur de tramway démarre trop brusquement et cause un accident (1). Un ouvrier manœuvre, en défrichant un terrain appartenant à son commettant et voisin d'un bois, allume du feu pour détruire les racines et les mauvaises herbes, communique le feu au bois (2). Un commis-voyageur commet des actes de concurrence déloyale en offrant les marchandises du commerçant qui l'emploie (3). Un employé de chemins de fer soustrait un colis remis par un voyageur en vue de l'enregistrement (4). Un employé-contrôleur d'une réunion blesse un individu qui insistait pour entrer (5).

Dans toutes ces espèces, il n'y a pas de doute que la faute du préposé soit commise dans l'exercice de ses fonctions. Il importe peu que le préposé ait commis la faute malgré les ordres du commettant. La responsabilité de celui-ci étant une responsabilité absolue, il ne peut pas prétendre se libérer en démontrant qu'il n'a pas donné l'ordre d'accomplir le fait qui a causé le dommage, ou qu'il a donné des ordres pour accomplir les fonctions d'une façon qui aurait évité la perpétration du dommage.

Mais la jurisprudence ne s'arrête pas à la limite de l'exercice des fonctions. Elle donne une interprétation très large à la notion de fonction que nous exposerons d'abord, et que nous discuterons à la section suivante.

(1) Lyon, 15 juillet 1901; *La Loi*, 7 septembre 1901; Trib. Com. de la Seine, 11 nov. 1890, G. P. 1890.2.589.

(2) Paris, 31 oct. 1893, D. P. 94.2.313.

(3) Montpellier, 17 janv. 1898, S. 98.2.230; D. 98.2.511.

(4) Tr. Seine, 9 nov. 1890, G. P. 2.497.

(5) Lyon, 27 mai 1886, *Pandectes*, 1886.2.274; dans des circonstances pareilles, Cour d'Alexandrie, 20 mai 1903, *G. Tribunaux mixtes*, xv, p. 307.

D'abord elle a considéré, à maintes reprises, que le domestique doit toujours être réputé en fonction (1). C'est ce que déclare la Cour de cassation dans son arrêt du 30 août 1860 (2) : « Un domestique, dans la maison de son maître, est toujours placé sous l'autorité de celui-ci, et réputé agir dans les fonctions auxquelles il est employé. » Mais il est vrai que la Cour de cassation est revenue de cette manière de voir en refusant d'engager la responsabilité du maître à raison de l'homicide par imprudence commis dans sa cuisine par son domestique qui avait offert un breuvage empoisonné à un tiers qu'il avait personnellement invité ; délit qui n'a pas été commis dans l'exercice de ses fonctions (3). « Une invitation à boire, nous dit la Cour, n'est pas un service auquel le maître emploie ses domestiques (4). »

Persévérant dans cette interprétation large, la jurisprudence considère que la faute commise par le préposé dans les moyens qu'il emploie pour parvenir à l'exécution de sa fonction engage encore la responsabilité du commettant. Un commis chargé de toucher la créance de son patron, usurpe le titre d'un agent de la sûreté et tente d'arrêter le débiteur (5). Un garçon meunier détruit une vanne d'irrigation du terrain voisin pour procurer de l'eau au moulin (6). Un préposé d'une maison de liqueurs avait apposé des affiches diffamatoires contre une maison concurrente, pour faciliter la vente des

(1) V. DEMOGUE, t. V, p. 115; SOURDAT, t. II, p. 144.

(2) S. 1860.1.1013; et la note de M. Roux sur l'arrêt de la Cour d'Aix du 13 mars 1914, S. 1914.2.177.

(3) Cass., juin 1861, S. 1862.1.151; *Pandectes*, 1862, p. 625.

(4) V. aussi, Toulouse, 25 novembre 1896, G. P. 1896.2.700; Douai, 14 févr. 1894, S. 94.2.162; Cass. Req., 5 déc. 1923, D. H. 1924, p. 49. — V. pourtant, Paris, 9 mars 1893, D. 93.2.296.

(5) Trib. Corr. de la Seine du 10 décembre 1896, G. P. 1897.2.39.

(6) Cass. Crim., 3 décembre 1846, D. P. 1847.1.432; S. 47.1.302.

produits de sa propre maison (1). Un concierge, en faisant visiter des appartements à louer avait diffamé le propriétaire d'un immeuble voisin pour empêcher qu'on loue chez celui-ci (2).

La jurisprudence, dans son interprétation large, se sert de formules différentes, mais qui, si l'on tient compte des diverses espèces envisagées, ne peuvent être vraiment distinguées l'une de l'autre. On considère comme rentrant dans la fonction et par la suite entraînant l'application de l'article 1384-3, des faits commis à l'occasion de la fonction, ou des faits qui constituent un abus de la fonction, ou encore des faits commis dans le temps et le lieu de la fonction. La formule la plus large est celle de « faits commis à l'occasion de la fonction », parce qu'elle est la plus vague. Celle de « l'abus de fonction » peut comprendre les espèces que nous avons citées plus haut à propos de fautes commises dans les moyens que le préposé emploie pour exercer sa fonction. Quant à la formule des « faits commis dans le temps ou le lieu de la fonction » on peut admettre que c'est une formule précise, mais nous verrons qu'elle peut nous entraîner bien loin et peut comprendre des délits auxquels la jurisprudence elle-même, se retranchant derrière les circonstances, hésite à appliquer l'article 1384-3.

On dit que les actes sont commis à l'occasion de la fonction, toutes les fois que la fonction a été cause de l'acte du préposé (3). Comme nous le dit M. Demogue « le commettant est responsable toutes les fois qu'il a été la cause occasionnelle de l'acte du préposé, c'est-à-dire que, sans son acte, celui du

(1) Cour de Bordeaux, 27 juillet 1903, G. Trib., 1903, 2^e série, 2.290.

(2) Paris, Corr., 16 juin 1896, D. P. 96.2.312; S. 96.2.208.

(3) V. BEUDANT, n° 1214.

préposé n'aurait pu se produire » (1) : Un concierge profite de sa fonction pour faciliter la débauche d'une mineure habitant dans l'immeuble, en offrant sa loge à des hommes qui attendaient la sortie de la mineure (2). Un chauffeur sort avec l'automobile de son maître, malgré la défense qui lui a été faite et cause un accident (3). Un mécanicien cache dans le tender de sa machine des paquets de tabac pour les passer en fraude (4). Un cocher vole les objets oubliés dans sa voiture (5). Un cocher commet un délit sur un enfant qu'il était chargé de conduire (6). Un ouvrier blesse son camarade au cours de son travail, en déplaçant des matériaux pour poursuivre un rat (7). Un conducteur abandonne sa voiture sur la voie publique; un ivrogne y monte et cause un accident (8). L'employé d'une maison de commerce, ayant comme fonction d'effectuer des paiements aux guichets d'une banque, profite de sa fonction et du fait qu'il avait dans les bureaux du papier et des griffes pour falsifier des traites (9). Un contremaître au service d'une société invite un ouvrier à l'accompagner sous prétexte d'aller ensemble chercher un objet nécessaire à leur travail et l'entraîne dans un endroit isolé où il se livre sur lui à des voies de fait pour exercer une vengeance personnelle (10). Un concierge écrit à un locataire mobilisé que sa femme a pris un amant et cause ainsi un

(1) DEMOGUE, t. V, n° 920, p. 117.

(2) Cour de Paris, 8 octobre 1856, S. 1857.2.445.

(3) Cass. Crim., 12 décembre 1903, S. 1906.1.150.

(4) Cass. Crim., 22 mars 1907, D. P. 1908.1.351; G. P. 1907.1.463.

(5) Paris, 24 février 1909, D. P. 1909.5.75; G. P. 1909.1.689.

(6) Tr. Seine, 23 mai 1872, D. P. 73.3.7.

(7) Aix, 23 novembre 1875, D. P. 77.2.135.

(8) Douai, 31 décembre 1900, S. 03.1.236.

(9) Cour de Pau, 18 décembre 1899 et Cass. 21 octobre 1901, D. P. 1902.1.457.

(10) Cass. Belge, 23 décembre 1901, Pas. 1902.1.91.

dommage moral à la femme du locataire (1). Un concierge au cours d'une saisie-gagerie pratiquée sur les meubles d'un locataire déclare faussement au commissaire-priseur qu'il est dû, outre la somme pour laquelle la saisie est pratiquée, d'autres loyers arriérés et ainsi cause un dommage au locataire (2). Un conducteur d'un omnibus d'hôtel diffame en présence des clients le propriétaire d'un autre hôtel (3). Un concierge présente une locataire à des visiteurs, comme une femme galante (4). Un domestique dans un restaurant détourne les bijoux oubliés par un client (5). Le gérant d'une société pour la vente du vin, chargé de mettre le vin en bouteilles, y ajoute de l'eau (6). Un caissier détourne des fonds régulièrement déposés dans sa caisse, ou remet des faux titres en échange de l'argent qu'il reçoit pour donner des titres véritables (7). Un préposé falsifie la signature de son commettant sur un chèque qu'il extrait du carnet à lui livré par celui-ci (8). Un valet de ménagerie, chargé du nettoyage des cages y introduit un étranger qui est blessé par les fauves (9). Le commis d'un tailleur livre un habit à un client; il revient le lendemain pour le reprendre sous prétexte de donner un

(1) Trib. Civ. de la Seine, 5 décembre 1917, G. P. 1918.2.360.

(2) Cass. Req., 22 juillet 1891, S. 92.1.369.

(3) Bordeaux, 29 juillet 1856, J. P. 1857, p. 961.

(4) Seine, 1^{er} juin 1895, *Le Droit*, 12 juillet 1895.

(5) Cour de Gand, 5 mars 1909, *Rec. de la Juris. fr.*, année 1912, n° 1.220.

(6) Douai, 5 avril 1910 et Cass., 3 février 1911, *Rec. Jur. du Nord*. 1911, p. 337.

(7) Req., 19 octobre 1892, D. P. 93.1.604; 3 Cass., 5 décembre 1921, *Mond. Jud.*, Lyon, 7 avril 1922; Cass., 28 juillet 1886, D. P. 87.1.37; Trib. Corr., Limoges, 21 novembre 1916; *Le Droit*, 1917, p. 114; Cass., 5 novembre 1855, S. 57.1.373.

(8) Cour de Riom, 21 janvier 1924, G. P. 1924.1.201.

(9) Lyon, 19 novembre 1893, *Le Droit*, 6 février 1896.

coup de fer au costume et le détourne (1). Un accident est causé par un chauffeur qui, au lieu de conduire l'auto de son patron au garage, fait une promenade d'agrément (2). Un préposé chargé de soigner des chevaux et d'entretenir des camions en profite pour effectuer une promenade et, ainsi, blesse un passant (3). Un employé de commerce va faire une course sur un tri-porteur pendant laquelle il cause un accident (4) en dehors du service qui lui est confié et alors qu'il n'avait pas à faire usage de ce véhicule.

Dans un autre ordre d'idées, ou plutôt dans un essai d'interprétation différente, la jurisprudence considère comme fautes commises dans l'exercice de la fonction ou au moins à l'occasion de la fonction (ce qui revient au même aux yeux de la jurisprudence) toute faute commise dans le temps et le lieu de la fonction. Par là s'effectue un rapprochement des plus curieux entre l'interprétation de la notion de fonction telle qu'elle est établie par l'article 1384-3, et la notion du fait de travail telle qu'elle ressort de la loi du 9 avril 1898. En effet l'article premier de cette loi est ainsi conçu : « Les accidents survenus *par le fait et à l'occasion du travail*, aux ouvriers et employés dans l'industrie... donnent droit au profit de la victime... à une indemnité à la charge du chef d'entreprise... » La jurisprudence est ferme depuis quelque temps pour considérer que « tout accident survenu à l'heure et au lieu du travail est un accident du travail, encore qu'il ait été occasionné par des circonstances étrangères au travail autres que l'action des forces de la nature (5).

(1) Tr. de la paix de Paris, 16 mars 1887, G. P. 1888, L. 65.

(2) Cass. Crim., 23 mars 1907, D. P. 1908.1.351.

(3) Cass. Crim., 24 juin 1911, G. P. 1911.2.250.

(4) Cass. Req., 17 novembre 1919, D. P. 1920.1.156.

(5) V. Cass. Civ., 8 avril 1918, D. P. 1918.1.25.

Or de nombreux arrêts et jugements donnent depuis déjà longtemps la même interprétation à la formule « à l'occasion des fonctions » créée de toutes pièces et qui ne figure pas dans l'article 1384-3 lequel dit simplement « dans les fonctions auxquelles il les ont employés ». La jurisprudence considère que le préposé agit dans ses fonctions si la faute a été commise au lieu et au temps de la fonction, même si l'acte n'a pas un rapport direct avec le véritable exercice de la fonction. Voici des exemples.

Un ouvrier prend part à une rixe dans l'atelier, pendant les heures du travail et crève un œil à l'un de ses camarades (1). Un moissonneur fume pendant son travail et allume ainsi un incendie qui cause un dommage à un tiers (2). Un charretier voyant une dispute engagée entre un voiturier et un tiers, descend de son siège, se mêle à la discussion et frappe le tiers de son fouet (3). Un garde-barrière dans un accès de folie porte des coups mortels à une personne qui voulait traverser la voie (4). Le Tribunal de première instance avait estimé que « les violences avaient pu se rattacher aux fonctions par des circonstances de temps et de lieu, mais n'avaient certainement pas été la conséquence d'un fait des fonctions ». La Cour d'appel a rejeté cette manière de voir et a considéré qu'ayant pour devoir de surveiller la voie, le garde-barrière était certainement dans l'exercice de ses fonctions.

Un surveillant ayant comme fonction de garder l'atelier aux heures de repas des ouvriers, profite de sa solitude pour fabriquer des briquets en utilisant les ustensiles de l'usine (5).

(1) Douai, 12 janv. 1903, S. 1904.2.298.

(2) Cass. Crim., 13 déc. 1856, S. 1857.1.442.

(3) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 616.

(4) Cour d'Agen, 3 février 1898, G. P. 1898.1.363.

(5) Cour d'Aix, 13. mars 1914, S. 1914.2.177.

Un commis de banque qui n'est pas au service des ordres de bourses prend, pendant ses heures de bureau, les ordres de bourse d'un client et commet une escroquerie (1).

Le garde d'un bois tue involontairement quelqu'un au cours d'une battue (2). Une apprentie couturière passe en courant dans la rue, tenant en laisse un chien appartenant à sa maîtresse; un ouvrier se trouvait sur une échelle; le chien étant passé d'un côté et l'apprentie de l'autre côté, l'échelle se renverse; l'ouvrier se blesse et meurt des suites de ses blessures (3).

Ce critérium de la concordance de lieu et de temps de la fonction est fermement accepté surtout par la jurisprudence belge. Elle s'y est attachée depuis quelque temps et l'applique sans réserve (4).

Pourtant la jurisprudence française paraît fixer une limite à cette extension. Elle nous dit que « lorsque le préposé a été envisagé par la victime comme agissant non pour le compte du commettant mais en son nom personnel, le commettant est irresponsable » (5).

Ce sera le cas d'un chauffeur qui laisse monter un ami ou un étranger dans la voiture du maître gratuitement ou avec rémunération, lesquels connaissant parfaitement la fraude du

(1) Grenoble, 25 août 1881, sous Cass., 16 juin 1884, S. 1887.1.475.

(2) Rouen, 18 mars 1893, D. P. 94.228; S. 93.2.215.

(3) Alexandrie, 20 décembre 1923, B. L. J., XXXVI, 104; *Gaz. des Tribunaux mixtes*, XV, 87.

(4) V. Cass. Belge, 2 juillet 1900, Pas. 1900.1.311; 23 déc. 1901, Pas. 1902.1.91; 12 juin 1893, Pas. 1893.1.256; Bruxelles, 20 janvier 1904, Pass. 1904.11.143; Liège, 30 juin 1902, Pass. 1903.11.10.

(5) Cass. Crim., 12 décembre 1903, S. 06.1.150; Bordeaux, 25 mai 1919, D. 20.2.116; Cass., 19 mai 1924, D. H. 1924.410.

chauffeur deviennent les victimes d'un accident causé par lui (1).

M. Demogue accepte cette solution mais lui donne un autre motif que la connaissance ou la mauvaise foi de la victime en cas de service gratuit rendu par le chauffeur. Il nous dit qu'entre le chauffeur et son ami il y a un rapport de nature spéciale qu'il appelle le *rapport mondain*. « Ce rapport de complaisance exclut toute action en responsabilité autre que celle de l'article 1382 (2). »

Hors de cette limite, la jurisprudence estime parfois que la faute n'est pas commise dans l'exercice de la fonction ni même à l'occasion de l'exercice de la fonction dans des espèces qui ne sont pas différentes de plusieurs autres dans lesquelles elle a estimé que la condition de fonction existe soit qu'elle l'ait admise sous la formule d'abus de fonction, soit qu'elle l'ait appliquée à l'occasion de l'exercice de fonction ; ce qui prouve, en outre de l'extension fautive qu'on peut reprocher à la jurisprudence dans l'application de la notion de fonction, une nouvelle contradiction difficilement explicable si ce n'est par la fragilité et l'inexactitude du critérium qu'elle a suivi en ce qui concerne la notion de fonction. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un patron n'est pas responsable si son ouvrier utilise un engin explosif fabriqué avec des matières dérobées à l'usine (3). Ces circonstances sont, pourtant, presque les mêmes que celles de l'espèce jugée par la Cour d'Aix du 13 mars 1914 qui a admis la responsabilité du patron dont le gardien fabriquait des briquets en utilisant les ustensiles de l'usine.

Un cultivateur par contre n'a pas été rendu responsable de

(1) Paris, 24 juin 1893, G. P. 1893.2.169 et Cass., 12 décembre 1903 et Bordeaux, 23 mai 1919, précités.

(2) DEMOGUE, t. V, p. 121.

(3) Crim., 13 décembre 1894, S. 1895.1.151.

la faute de son berger qui ayant pris un chien autre que celui du patron pour le dresser, l'emmène avec le troupeau et cause ainsi un dommage à un tiers par le fait de ce chien (1).

On a également considéré comme irresponsables les maîtres et les commettants dans les espèces suivantes parce que l'acte fautif a été commis hors la fonction : l'employé d'une compagnie donne de mauvais renseignements sur un ex-employé de la même compagnie et ainsi lui cause un dommage (2).

L'employé d'une usine demande au patron l'autorisation de se servir d'une automobile de l'usine pour sortir avec sa famille. Malgré le refus du patron, l'ouvrier sort avec l'automobile et cause un accident (3). Pourtant l'emploi de la voiture n'était possible qu'à raison de ses fonctions d'employé de l'usine.

Un garde blesse un autre garde dans un cabaret en déchargeant son fusil dont il n'était détenteur qu'à raison de sa fonction (4).

Une femme de chambre dans un hôtel reçoit d'un autre domestique des perles que celui-ci a trouvées dans une chambre, et les détourne (5). Un employé reprend des traites payées et les représente chez des tiers, mais au nom des derniers bénéficiaires bien qu'il eût pour cela utilisé le fait qu'il était chez le tiers (6), autrement dit bien que la fonction fût la cause du délit.

(1) Req., 29 octobre 1917, S. 18-19.1.200.

(2) Tribunal de Périgueux, 19 novembre 1891, *Loi*, 23 novembre 1891.

(3) Paris, 22 novembre 1916, G. T. 1917.2.383 et Req., 26 février 1918, S. 1918-19.1.119.

(4) Bruxelles, 13 février 1896, Pas. 1896.11.178.

(5) Paris, 13 mai 1908, G. P. 1908.2.32.

(6) Req., 12 août 1873, D. 1875.1.259 et DEMOGUE, t. V, p. 125-126.

SECTION II. — *Discussion de la jurisprudence.*

Il est un point que tout le monde admet : c'est que la jurisprudence, dans l'interprétation qu'elle donne à l'article 1384-3 en ce qui concerne la fonction, ne suit pas la lettre du texte. Et immédiatement la question suivante se pose : peut-on approuver une interprétation large, alors qu'il s'agit d'un texte comme l'article 1384-3 ? Avant de répondre à cette question, il convient de se demander si cette interprétation large est une conséquence forcée de la présomption irréfragable sur laquelle la jurisprudence fonde la responsabilité du commettant, ou bien au contraire une conséquence forcée de l'adoption de l'idée de risque.

Adoptant la base de mauvais choix, M. Demolombe (1), nous dit que c'est cette notion qui nous explique « pourquoi à la différence de la responsabilité des pères et mères, des instituteurs et des artisans qui est générale, la responsabilité des maîtres et commettant est spéciale ». Ce qui revient à dire comme le précise M. Laurent (2) que « si le préposé a causé le dommage en dehors de son service, la raison de la responsabilité cesse, on ne peut lui reprocher d'avoir fait un mauvais choix, car le dommage causé n'a rien de commun avec le service pour lequel le commettant a choisi le préposé ». M. Sourdat, partisan du fondement d'autorité nous dit avec raison (3) : « Par l'effet même du principe d'où elle part, la responsabilité du commettant est limitée aux actes commis par le préposé dans l'exercice de ses fonctions. Pour tout le

(1) T. VIII, n° 610 et suiv.

(2) T. XX, n° 382.

(3) T. II, p. 125, n° 900.

reste, ce dernier demeure vis-à-vis des tiers dans les mêmes relations où il était auparavant. Il ne leur présente ni plus ni moins de garantie. Car l'on ne peut présumer que le commettant ait donné à ses préposés l'ordre de délinquer dans des actes étrangers aux fonctions auxquelles il les emploie ; dès lors, il n'y a aucune relation entre son propre fait et le dommage causé. D'ailleurs, en dehors de ces fonctions, il n'a plus d'ordres à donner, ni de surveillance à exercer. Il n'aurait, à cet égard, ni autorité, ni intérêt. »

A l'inverse on a considéré que c'est l'idée de risque, si on l'admet comme fondement de la responsabilité du commettant, qui peut conduire à une aggravation de la responsabilité de celui-ci en étendant la notion de fonction et par suite la responsabilité à des actes commis en dehors de la fonction. Un auteur, partisan de l'idée de risque (1), approuve cette jurisprudence considérant que cette interprétation extensive n'est qu'une conséquence de l'adhésion de la jurisprudence à l'idée de risque. « En somme la jurisprudence, nous dit cet auteur, tout en se rattachant encore en apparence à la théorie traditionnelle de la personnalité de la faute, l'abandonne au fond pour suivre inconsciemment celle du risque, et c'est surtout à raison de la relation du fait et de la fonction, que cette attitude des tribunaux devient sensible. Tandis que la loi déclare que le commettant n'est responsable que si le préposé a agi dans l'exercice de ses fonctions, la jurisprudence décide qu'il l'est encore si l'acte dommageable a été commis à l'occasion ou même au cours des fonctions. La loi de 1898 qui, elle, s'inspire de la théorie du risque, n'a pas été plus loin. »

(1) DEWISME, *La Notion du préposé*, thèse 1908, p. 64.

Cette opinion est adoptée par un autre auteur (1) qui estime que le principe du risque est maintenant la base de la responsabilité pour autrui en jurisprudence et « cela grâce à une appréciation extensive de la notion de fonction ».

Nous ne reviendrons pas sur la question de savoir si la jurisprudence adopte l'idée de risque dans la responsabilité du commettant. Nous avons vu qu'elle s'est toujours servie du critérium de subordination effective pour déterminer le lien de préposition, là où l'idée de risque échoue, ou du moins là où elle nous conduit à des résultats autres que ceux consacrés par la jurisprudence.

Il est vrai, comme le dit M. Roux dans une note au Sirey (2) que la présomption irréfragable a le caractère d'une peine et doit être interprétée restrictivement.

Si nous revenons à notre comparaison entre la responsabilité du commettant et celle des père et mère nous pourrions dire que le législateur en voulant soumettre ces deux responsabilités à une commune mesure, a étendu le champ de la deuxième par une responsabilité qui peut répondre de tous les actes fautifs de l'enfant, mais toutefois, modérant la rigueur de la responsabilité par une présomption *seulement réfragable* alors qu'il a réduit le champ de la première (celle des maîtres et des commettants) en la restreignant par la notion de fonction mais en l'aggravant par une *présomption irréfragable*.

Cette restriction par la notion de fonction se comprend mieux et se précise quand on admet que ce qui fait le préposé est sa subordination et que ce qui fait le commettant c'est son autorité. Or, cette subordination d'une part et cette autorité d'autre part, n'existent pas tout le temps comme dans le cas

(1) M. VAN DEN DRIESCHE, *La Faute de fonction du préposé génératrice de la responsabilité civile du commettant*. Thèse, Lille, 1924.

(2) 1914.2.177.

de l'enfant. Elles se déterminent par l'exercice de la fonction. Pour tout le reste, comme le dit M. Sourdat, le commettant n'a plus d'ordres à donner, ni de surveillance à exercer. Il n'aurait à cet égard, ni autorité, ni intérêt.

Or, la jurisprudence ne s'en tient pas là ; elle engage la responsabilité du commettant pour des faits accomplis hors de la fonction, mais dans le temps et le lieu de la fonction. Pourra-t-on dire, par suite, qu'elle applique ici l'idée de risque ? Nous ne le croyons pas, d'abord parce qu'elle n'est pas fixe sur cette formule de temps et de lieu de fonction, comme elle l'est lorsqu'elle applique la formule du temps et du lieu de travail en ce qui concerne la loi du 9 avril 1898. Combien de fois s'est-elle crue obligée d'écarter la responsabilité du commettant pour des faits accomplis pourtant par le préposé au lieu et au temps de travail ! sous prétexte que le fait commis n'a pas de rapport avec la fonction (1). Si elle voulait adopter l'idée de risque, elle n'avait qu'à rendre le commettant responsable dans tous les cas où le fait du préposé a été commis au temps et au lieu de son travail. C'est ce qu'elle ne fait pas toujours, et même dans les cas où elle adopte la formule de temps et de lieu de fonction, on peut remarquer que ce n'est pas en fait la seule qu'on puisse invoquer pour engager la responsabilité du commettant. Il est des cas où le fait est effectivement un exercice de la fonction, ce qui prouve que la jurisprudence applique correctement le droit bien qu'elle déclare que la responsabilité s'engage parce que le fait est commis au temps et au lieu de la fonction.

Il est pourtant vrai qu'il y a un nombre considérable de cas où la jurisprudence applique mal le droit, et étend la responsabilité du commettant à des faits commis hors la fonction. Dans

(1) V. les arrêts cités ci-dessus, pp. 159-160.

ces derniers cas l'extension ne provient pas de l'idée du risque, mais d'une part d'une confusion avec la responsabilité directe du commettant, d'autre part du fait que la jurisprudence, en partant d'une responsabilité basée sur une présomption irréfragable commet une erreur d'analyse et s'astreint à rechercher si le maître ou le commettant ont une imprudence, une négligence ou un défaut de surveillance à se reprocher et s'ils n'auraient pas pu, par une surveillance plus active, empêché que le fait dommageable ne se produise. Cette recherche est évidemment condamnable. Comme nous le dit M. Roux dans la note précitée « du moment qu'on ne retient pas le maître ou le commettant comme complice pour les incriminer d'une responsabilité pénale, mais qu'on relève simplement contre eux la responsabilité civile de l'article 1384, *il est inutile et même dangereux de se livrer à cette recherche*, qui pourrait égarer l'opinion publique, et contribuer à exagérer leur responsabilité au delà des termes légaux, en lui donnant comme étendue, l'étendue d'une faute commise. Or la loi n'a pas subordonné cette responsabilité à l'existence d'une faute, pas plus qu'elle ne l'a écartée devant la preuve de l'absence de toute faute ».

Le résultat infaillible de cette recherche est l'extension de la responsabilité des maîtres et des commettants à des faits qui n'entrent pas, par leur nature, dans le cadre de la fonction des domestiques et des préposés.

On voit par là, et on le verra encore par la démonstration que nous donnerons par la suite, que l'extension jurisprudentielle en ce qui concerne la notion de fonction est moins importante qu'on pourrait le croire d'après les constatations des auteurs et des arrêstistes et d'après l'apparence fausse que nous donne la formule du « temps et de lien de la fonction ».

On se rend bien compte au surplus que la part d'extension

qui existe ne résulte pas d'une adoption de l'idée de risque de la part de la jurisprudence, mais au contraire d'une façon abusive de comprendre la présomption irréfragable ou d'une confusion avec d'autres sources de responsabilité que celle de l'article 1384-3.

Il convient maintenant de résoudre cette question fort délicate de savoir quelles sont les limites de l'exercice de la fonction, et de rechercher jusqu'à quelle limite la jurisprudence applique l'interprétation juste qu'on doit donner à l'article 1384-3 en ce qui concerne l'exercice de la fonction.

La formule qui doit nous guider est celle du Code, puisque l'interprétation de l'article 1384 doit être restrictive. Il faut donc, que la faute du préposé soit commise dans l'exercice de sa fonction. Pour que cela se réalise il faut que l'acte de préposé entre *par sa nature* dans l'exercice de ses fonctions. Mais il faut en plus, comme le dit M. Roux dans la note précitée, qu'il l'ait commis comme tel ; en sa qualité de domestique ou de préposé. Il faut qu'en commettant l'acte en question, il ne soit pas distrait de la besogne qu'il doit accomplir.

Ceci posé, si l'acte commis est un abus de la fonction, le préposé n'engagera pas moins la responsabilité du commettant : c'est même très logique parce que c'est plutôt dans l'abus de ses fonctions que le préposé commet des délits. A l'inverse, le fait que l'acte a été commis au lieu et dans le temps de la fonction importe peu en soi-même, dès que les deux conditions précitées ne sont pas réalisées. C'est que dans ce cas le fait aurait pu être commis en dehors des heures et du lieu de la fonction. Le préposé agit comme un ouvrier libre.

Ainsi peu importe en soi-même le fait que c'est à l'occasion de la fonction que l'acte a été commis, ou que celui-ci a pour cause l'exercice de la fonction par le préposé, cet exercice pouvant faciliter la consommation du délit, à moins qu'on

puisse attribuer au commettant une faute personnelle, et même dans ce cas nous ne sommes plus dans le domaine de l'article 1384, mais dans celui de l'article 1383.

Comme le dit M. Esmein (1), « l'homme est doué d'initiative personnelle, et, même dans les emplois, nous lui reconnaissons en tant qu'homme les mêmes droits d'indépendance qu'à son patron. Sauf les circonstances qui en résulteront pour lui, il est libre d'agir comme bon lui semble. Comment alors se justifierait une règle qui rendrait le patron responsable pour tout ce qu'il aurait accompli pendant le temps de travail, et, à plus forte raison en dehors de ce temps, quand cette règle n'est pas en accord avec la loi entendue le plus naturellement? Sa responsabilité absolue doit donc se limiter à ce qui a été fait dans l'accomplissement du travail, c'est-à-dire aux actes accomplis pour le compte du patron. »

Les premiers commentateurs du Code civil ont bien compris cette restriction et ces principes. M. Demolombe nous dit à propos de la formule « à l'occasion de la fonction » que « l'interprétation proposée ne doit donc être admise qu'autant que le fait, commis à l'occasion de la fonction, sera lui-même un acte d'exercice de la fonction et nous pourrions dire, ajoutez-t-il : sous la condition seulement qu'il constituera dans tous les cas, *un fait de charge* » (2).

Nous avons aussi l'autorité d'Aubry et Rau qui nous donnent une formule qui ne s'explique que par les règles que nous avons posées. « Leur responsabilité (les maîtres et les commettants) ne s'applique qu'aux faits dommageables commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions auxquelles le domestique ou préposé a été employé... Il ne

(1) *Revue Critique*, 1924, pp. 194 et suiv.

(2) T. XXXI, n° 613 ; V. en même sens, Huc, t. VIII, n° 449.

semble pas qu'elle s'étende aux délits ou quasi-délits qui se produisent, *même au cours du service* du domestique ou du préposé, lorsque ces délits ou quasi-délits *n'ont pas de rapport direct avec l'exercice de leur fonction.* »

A la lumière de ces commentaires on ne peut que résister à la jurisprudence qui veut imposer au maître la responsabilité de tous les délits du domestique parce qu'il est toujours sous son autorité, au moins quand il est dans sa maison comme le précisent quelques arrêts. Le domestique, malgré l'étendue de sa subordination au maître, a toujours une fonction. Il a aussi une initiative, il peut commettre, même dans la maison de son maître, des actes qui n'entrent pas dans l'exercice de sa fonction. Il invite quelqu'un à boire dans la maison de son maître et sert à son invité un breuvage empoisonné. « Une invitation à boire, nous dit avec raison la Cour de cassation (1), n'est pas un service auquel le maître emploie ses domestiques. » Ce faisant, le domestique a agi en son nom propre, il était hors de sa fonction.

C'est aussi avec raison que la Cour de Douai par son arrêt du 14 février 1894 a jugé que le domestique qui est spécialement chargé de soigner le cheval du maître et qui s'empare d'un fusil accroché dans la chambre de son maître, tire un coup dans le jardin de la maison et ainsi blesse quelqu'un par imprudence, n'engage pas la responsabilité de son maître ; il y a la concordance du temps et de lieu, mais la fonction de domestique, chargé de soigner les chevaux ne comporte pas la pénétration dans la chambre du maître.

Mais le domestique qui en accomplissant une commission que le maître lui a donnée auprès d'un tiers et qui au cours d'une discussion avec ce tiers concernant la commission l'in-

(1) 5 juin 1861, précité.

jurie, agit bien dans ses fonctions malgré l'abus qu'il en a fait (1), ainsi que le concierge qui diffame un propriétaire voisin en faisant visiter un appartement à un futur locataire, pour empêcher celui-ci de louer chez ce voisin. De même celui qui, au cours d'une saisie-gagerie, déclare faussement qu'il est dû des sommes plus élevées que celles que le locataire doit en fait (2).

Il y a abus de la fonction quand le préposé ou le domestique n'exécute pas la tâche qui lui incombe d'après la nature de sa fonction. Un domestique dans un restaurant détourne les bijoux oubliés par un client (3) alors qu'il est de sa fonction de rendre les objets oubliés ou encore un chauffeur abandonne sa voiture et permet ainsi à un ivrogne de s'en emparer et de blesser un passant (4).

L'abus existe encore lorsque le préposé exécute mal sa tâche soit par imprudence, soit par mauvaise volonté. C'est ainsi qu'on peut approuver la jurisprudence qui considère que la faute commise dans les moyens que le préposé emploie pour parvenir à l'exécution de sa fonction, est une faute de fonction. L'abus n'empêche pas que l'auteur de la faute ait agi comme le préposé du commettant.

Le gérant d'une société de vin qui, chargé de mettre le vin en bouteille, y ajoute de l'eau, agit incontestablement dans ses fonctions. On peut en dire autant du caissier qui détourne les fonds régulièrement déposés à la caisse ou remet des titres faux en échange de l'argent qu'il reçoit pour donner des titres véritables, et aussi du commis tailleur qui après avoir livré un

(1) Cass. Crim., 5 août 1899, précité.

(2) Cass., 22 juillet 1891, précité.

(3) Cour de Gand, 3 mars 1909, précité. — V. pourtant, Paris, 13 mai 1908, précité.

(4) Douai, 31 décembre 1900, précité.

habit revient le lendemain pour le reprendre sous prétexte d'un coup de fer à donner et le dérobe (1).

La manutention du vin, la perception des fonds, la réclamation de l'habit rentrent bien dans la fonction de ces préposés. *Il arrive que dans l'exécution normale de leurs fonctions ils accomplissent des actes de cette nature. L'abus qu'ils commettent en accomplissant ces actes ne les fait pas sortir des limites de leurs fonctions.*

Le cas de l'ouvrier moissonneur qui fume pendant son travail et allume ainsi un incendie est assez délicat. Mais en y réfléchissant on ne doit pas hésiter à déclarer qu'il agit dans sa fonction. Le fait de fumer n'est pas incompatible avec son travail; c'est en somme un genre d'acte maladroît commis pendant la besogne qu'il doit accomplir.

A l'inverse, le concierge qui facilite la débauche d'une mineure habitant l'immeuble, ou l'ouvrier qui se livre à des voies de faits sur un camarade, n'accomplissent pas des actes qui entrent dans l'exécution normale de la fonction. Pas plus que le commis de banque qui n'est pas au service des ordres de bourse, mais qui prend les ordres d'un client et commet une escroquerie.

De même, le surveillant qui a comme fonction de garder l'atelier aux heures de repas des ouvriers et qui profite de sa solitude pour fabriquer des briquets, même s'il se sert des outils de l'atelier, et si ce faisant il se trouve aux heures et aux lieux de sa fonction. A propos de l'arrêt d'Aix qui considère que ce surveillant agissait dans ses fonctions, M. Roux, dans sa note sur cet arrêt nous donne un commentaire très intéressant. « On aurait compris, dit-il, que celle-ci (la compagnie patronne) eût été déclarée civilement responsable, si

(1) Arrêts précités, pp. 153 et suiv.

son gardien, dans la tournée des ateliers, avait ouvert par mégarde un robinet et provoqué ainsi une explosion, ou déplacé un objet qui, en tombant, aurait blessé un passant, parce que, accidentellement, incidemment, à propos de l'exécution de son service, un gardien peut être amené à ouvrir un robinet, qu'il croit devoir être ouvert, ou à replacer un objet, qui lui semble dangereusement placé. C'est lui qui crée par son erreur le danger, mais son acte est un fait de sa charge. En aucune manière cette fonction n'autorisait le surveillant à s'approcher des machines-outils, et à les mettre en mouvement pour tarauder, ajuster et agencer des pièces de métal. »

En effet le délit du gardien aurait pu être commis aussi bien en dehors de ses heures de garde que pendant celles-ci. Pour ce faire il devait se distraire de son travail et agir comme un ouvrier libre. Le fait que les outils étaient à sa disposition ne pouvait engager la responsabilité de la compagnie que si ce fait pouvait constituer une faute à sa charge. Mais ce n'en est pas une et si c'en est une, l'article 1384-3 n'a pas à s'appliquer ici et nous sommes dans le champ de la responsabilité directe.

C'est ce qu'avait bien compris la Chambre criminelle le 13 décembre 1894 (1) lorsqu'elle a dégagé la responsabilité du patron du fait de l'ouvrier qui utilisait un engin explosif qu'il avait fabriqué avec des matières dérobées à l'usine.

Comme exemples d'actions libres des préposés qui les font sortir de leurs fonctions, on peut citer le cas du chauffeur qui sort avec la voiture de son maître pour faire une promenade d'agrément ; du préposé qui s'empare du triporteur de son maître ; du contremaître qui se bat avec un ouvrier dans l'usine pour des causes personnelles, du charretier qui apercevant des gens qui se disputent descend de sa voiture et se

(1) S. 1895, 1-151, précité.

mêle à la discussion, son fouet à la main ; de l'employé d'une compagnie qui donne de mauvais renseignements sur un ex-employé de la même compagnie et ainsi nuit à sa réputation (1).

Un arrêt de la Chambre criminelle du 9 juillet 1921 (2) nous oblige à poser une question très débattue entre la jurisprudence et la doctrine.

Pendant la grève des chemins de fer de 1920, une garde-barrière refuse d'ouvrir à des gendarmes qui lui demandent le passage et les injurie en déclarant qu'elle est en grève. Cette employée a été condamnée conformément à l'article 224, Code pénal, et la compagnie rendue civilement responsable. La Chambre criminelle en cassant l'arrêt, en ce qui concerne la compagnie, admet que « la garde-barrière ayant déclaré qu'elle était en grève et n'obéissait plus qu'aux ordres du syndicat, et la grève entraînant la rupture du contrat de travail, elle n'était plus préposée de la compagnie ».

La jurisprudence accepte unanimement l'opinion que la grève met fin au contrat de travail (3). Mais la doctrine ou une grande partie tout au moins, rejette cette opinion et considère que la grève n'a que l'effet de suspendre le contrat de travail (4).

(1) Arrêts précités, pp. 153 et suiv.

(2) S. 22.1.137 ; D. 22.1.217.

(3) V. Cass., 18 mars 1902, S. 1903.1.465 ; 4 mai 1904, S. 1906.1.497 et note de M. Wahl ; 13 novembre 1906, S. 1906.1.500 ; 15 mai 1907, S. 1908.1.417 et note de M. Wahl ; 28 juin 1910, S. 1912.1.185 et l'arrêt de la Ch. Crim. du 9 juillet 1921.

(4) V. BAUDRY et WAHL, *Contrat de louage*, 3^e éd., t. II, 1^{re} partie, n° 2963 ; PLANIOL, t. II, n° 189 bis et M. A. Wahl sur les notes précitées.

« Comment serait-il exact de parler de rupture de contrat, nous dit M. Wahl, quand la volonté des ouvriers est toute différente, quand, bien loin de renoncer à l'usine où ils ont jusqu'alors travaillé et de s'en

En ce qui concerne le lien de préposition, étant donné que c'est un lien de fait qui ne dépend pas d'un contrat déterminé, ni même de l'existence d'un contrat, on ne pourra point donner une solution rigide. En règle générale, même si l'on admet avec la doctrine que la grève ne met pas fin au contrat de louage mais le suspend pendant le cours de la grève, on pourra dire que le premier effet de la grève, c'est la disparition de cet état de subordination qui existe entre le patron et ses ouvriers. L'ouvrier ne sera plus le préposé de son patron et par la suite ses actes, de quelque façon qu'il les exécute, ne seront pas un exercice de sa fonction.

Mais, il se peut, comme il arrive souvent, que malgré l'état de grève, une partie des ouvriers, tout en se solidarisant avec leurs camarades, continuent leur travail, soit, comme le dit M. Roux dans sa note sous l'arrêt de la Chambre criminelle du 9 juillet 1921, « pour ne pas laisser se produire les fâcheux effets d'un arrêt complet de l'affaire qui entraverait la reprise immédiate du travail après la cessation de la grève, soit pour éviter dans un but de sécurité publique, les accidents qui seraient la conséquence d'une désertion totale ».

M. Esmein (1) critique l'arrêt de la Chambre criminelle du 9 juillet 1921 que nous avons rapporté, en faisant valoir que

désintéresser, ils font tous leurs efforts pour y rentrer et y reprendre le travail interrompu, quand, au lieu de chercher un autre emploi à leur activité, ils s'opposent brutalement à ce que d'autres ouvriers soient embauchés à leur place et viennent remplir des fonctions qu'ils continuent à considérer comme les leurs ». Et à l'objection que, ce faisant, les ouvriers ne prouvent pas qu'ils n'aient pas mis en pièces le contrat de louage primitif qui les liaient à leurs patrons, puisque c'est avec d'autres conditions (un autre salaire, ou une autre journée de travail qu'ils entendent réintégrer leurs fonctions), les auteurs répondent par l'article 1184 d'après lequel l'inexécution de l'obligation d'une part n'entraîne pas de *plein droit* la résolution du contrat.

(1) *Revue Critique*, 1924, p. 200.

la solution de l'arrêt, d'ailleurs juste, aurait pu se défendre sur le terrain de la notion de fonction, et qu'il n'y aurait pas lieu de recourir à la question de savoir si la grève termine ou suspend le contrat de louage. Nous estimons, au contraire, que l'arrêt de la Chambre criminelle non seulement donne une solution juste mais encore l'établit sur des bases logiques. Contrairement à l'appréciation de M. Esmein, nous estimons qu'avant de recourir à la notion de fonction, il s'agit de savoir si le lien de préposition existe ou non, constatation sans laquelle la question de savoir si le préposé agissait dans sa fonction ne pourra pas se poser. Or nous avons vu qu'en règle générale, soit qu'on estime que la grève met fin au contrat de louage, soit qu'on estime comme le fait la doctrine, que la grève n'a pour effet que de suspendre le contrat, le lien de préposition disparaît, étant donné que la subordination n'existe plus, abstraction faite naturellement des circonstances exceptionnelles qui pourraient, comme nous l'avons exposé plus haut, maintenir le lien de préposition.

Au contraire, si on ne cherche pas d'abord l'existence du lien de préposition, et si on recourt uniquement à la recherche de la fonction, comme veut le faire M. Esmein, on est obligé d'admettre que la garde-barrière agissait bien dans sa fonction, qu'elle en abusait mais qu'elle ne l'excédait pas, ce qui va à l'encontre de la solution de la Chambre criminelle ainsi qu'à l'encontre de la justice même. En effet le fait d'injurier les agents (et même de leur porter des coups) à propos de la demande faite par ceux-ci d'ouvrir la barrière, n'est qu'un exercice abusif de la fonction, puisqu'il peut échoir, dans certaines circonstances, à la garde-barrière, d'après son devoir et sa fonction même, d'empêcher une personne de passer (en cas d'approche d'un train par exemple). Injurier cette personne lorsqu'elle insiste pour passer n'est pas un excès, mais

■

un abus, autrement dit, un usage irrégulier qui ne dépasse pas l'exercice de la fonction.

Avant de finir cette section, il nous faut démontrer comment la jurisprudence en engageant la responsabilité des maîtres et des commettants pour des faits de leurs préposés, donne parfois des solutions qui sont équitables mais qui ne relèvent pas, en effet, de l'article 1384. La jurisprudence, en basant ces solutions sur l'article 1384 en arrive à élargir la notion de fonction à tel point qu'elle établit une sorte de vaste plate-forme sur laquelle pourront prendre place d'autres arrêts qui, engageant la responsabilité des commettants, aboutiront à des solutions qui seront, cette fois-ci, peu équitables. Un exemple de la confusion de l'article 1384-3 et de l'article 1383 par la jurisprudence nous démontrera mieux la vérité de cette proposition.

Une compagnie d'assurances américaine, l'*Equitable Trust*, engage dans son agence de Paris plusieurs préposés. Un client, en vue d'une certaine opération d'assurance, s'adresse à l'un des employés de la Compagnie et lui verse les fonds nécessaires. Celui-ci, sans en rendre compte, bien entendu, à la Compagnie détourne les fonds. La Compagnie actionnée en justice, en sa qualité de commettant dudit employé, pour le remboursement des fonds versés, prétend dégager sa responsabilité, parce que les fonctions de l'employé inculpé ont été limitativement et strictement déterminées par elle dans les tarifs et prospectus livrés au client. La réception des fonds n'était pas, en effet, de la compétence de l'employé auquel s'était adressé le client, mais entrait dans les attributions d'un autre employé. En appliquant les principes que nous avons exposés, on devait juger que l'employé coupable du détournement n'agissait pas dans ses fonctions. L'article 1384-3 n'est donc pas applicable. Mais on peut se demander si la limitation

des fonctions telle qu'elle peut ressortir de la lecture de simples prospectus est suffisante pour porter à la connaissance du public les limites des attributions des employés de la Compagnie et si l'on peut, par conséquent, considérer que la Compagnie avait commis une faute en n'écartant pas la possibilité de méprises comme celle qui est arrivée dans l'espèce; on peut encore se poser la question de savoir si le lien de personnes morales, aussi puissantes que les compagnies d'assurances, avec le public, ne met pas à la charge des premières des devoirs de sécurité et de garantie envers le second, des devoirs dont l'oubli ou l'inexécution peut déterminer la responsabilité personnelle des compagnies conformément à l'article 1383.

La Chambre criminelle saisie de cette affaire, semble dans son arrêt du 19 janvier 1901 (1), avoir entrevu ces considérations lorsqu'elle a estimé que la limitation des fonctions d'un employé, telle qu'elle résultait des tarifs et prospectus, n'était pas parvenue et ne pouvait pas être considérée comme parvenue à la connaissance du client. Mais cela ne l'a pas empêché de rendre la compagnie responsable *d'après l'article 1384-3*, ce qui implique que l'employé en détournant les fonds avait agi dans l'exercice de ses fonctions, ou au moins avait abusé de sa fonction sans toutefois en franchir les limites (2).

Nous estimons qu'au contraire on devait d'une part dégager la responsabilité de la compagnie, comme commettant de son employé parce que celui-ci n'agissait pas dans les limites de ses fonctions, lesquelles ne comportaient pas le maniement des fonds, mais que, d'autre part, la compagnie devait être tenue

(1) S. 1905.1.55.

(2) V. en même sens et même confusion, Cass. Civ., 28 juillet 1886, D. P. 1887.1.37; Pau, 18 décembre 1899 et Cass., 21 octobre 1901, D. 02.1.457 et Cass. Civ., 21 décembre 1898, D. 1900.1.69.

pour responsable parce qu'elle avait commis une faute personnelle puisqu'elle avait manqué à un devoir qui lui incombait d'après la supériorité de sa situation vis-à-vis du public, devoir qui consistait à montrer la diligence nécessaire pour porter à la connaissance du public les limites des fonctions de ses préposés.

Il résulte de cela que la solution donnée par la Chambre criminelle est en fait équitable mais que le raisonnement sur lequel elle base sa solution est condamnable. C'est même cette erreur d'argumentation qui est une des causes de l'élargissement de la notion de fonction. Même lorsqu'on aboutit à des solutions équitables, on arrive par cette argumentation à créer des précédents fâcheux dont les tribunaux s'inspireront pour rendre les commettants responsables des faits commis par leurs préposés, tout à fait hors de leurs fonctions, et dans des cas où les commettants ne peuvent être accusés d'une faute personnelle.

SECTION III. — *La responsabilité contractuelle.*

En plus de la confusion créée entre l'article 1384-3 et l'article 1382, on peut en relever une autre entre la responsabilité délictuelle du commettant des faits de ses préposés et sa responsabilité contractuelle du fait de ses auxiliaires. Un exemple peut nous montrer l'intérêt pratique de la distinction : le domestique d'un locataire met le feu à la maison par malveillance. La responsabilité contractuelle du locataire, en tant que débiteur de l'obligation de rendre la chose telle qu'il l'a reçue (art. 1730), ne fait pas de doute. Il répond de l'incendie à moins qu'il ne puisse invoquer les moyens de justifications cités par l'article 1733. Or nous avons vu que le fait de l'auxi-

liaire n'est pas un cas de force majeure, le commettant en répond comme il répond de son fait propre.

Mais si on veut appliquer l'article 1384, on sera obligé de dire que le domestique a agi hors ses fonctions. Considérer que celui-ci, en mettant le feu à la maison agissait dans l'exercice de ses fonctions, sera un bien mauvais argument pour engager la responsabilité de maître, qui peut être engagée contractuellement, d'ailleurs; et l'application de la responsabilité délictuelle aura comme conséquence le faux élargissement de la notion de fonction. La concordance de la responsabilité contractuelle et délictuelle s'est présentée souvent devant la jurisprudence à propos de la responsabilité des maîtres des faits de leurs concierges, à propos de laquelle la jurisprudence applique constamment l'article 1384 (1).

Mais ne pourra-t-on pas dire qu'il y aura lieu d'appliquer dans ces espèces l'article 1384 ou l'article 1147 indifféremment? C'est poser la question épineuse du cumul et de pénétration des responsabilités délictuelle et contractuelle. Nous n'entrons pas dans le détail de cette question qui n'est pas dans le cadre de notre étude. Nous nous contentons de constater qu'une bonne partie de la doctrine semble hostile au cumul des deux responsabilités surtout en matière de responsabilité pour les faits d'autrui. M. Demogue nous dit dans une note au Sirey (2) : « la non-pénétration de la responsabilité délictuelle dans les relations entre contractants découle non d'une nécessité logique, mais d'une idée en harmonie avec l'intention des parties ou de la loi, qui ont soupesé les obligations de chacun ». Se demandant plus loin s'il y a des raisons décisives pour faire pénétrer les articles 1384 et suivants dans les

(1) V. Paris, 16 juin 1896, S. 1906.2.208; Lyon, 21 janvier 1887, S. 87.2.104; Req., 22 juillet 1891, S. 92.1.569; Paris, 8 février 1896, S. 99.2.215.

(2) 1924, 1-106.

rapports entre contractants, le même auteur nous donne cette réponse : « nous ne le croyons pas lorsqu'il s'agit de responsabilité pour autrui. Il est plus satisfaisant que le débiteur réponde de ceux qui l'entourent comme de lui-même, avec plus ou moins de sévérité suivant les contrats. *Faire pénétrer l'article 1384 serait donc inutile et maladroit. Ce serait substituer une règle plus rigide à une autre plus souple* » (1).

Plus ferme est encore M. Becqué (2). « En matière contractuelle, dit-il, il n'y a pas deux sortes de responsabilité, il n'y en a qu'une : celle qui se réfère à la violation du contrat, et cette violation ne peut pas aller au delà du fait promis et des obligations acceptées... La responsabilité contractuelle s'attaque à un droit dont les parties ont fixé l'étendue, c'est la convention seule qui en a déterminé les éléments : en admettant même que la responsabilité soit, ici aussi, d'ordre public, elle se mesure au contrat et n'existe que dans la mesure fixée par le contrat lui-même, dont la volonté des parties a précisé le contenu (3). »

Il nous faut maintenant, suivant le plan que nous nous sommes tracé, exposer succinctement les conditions nécessaires pour qu'un commettant (un débiteur) soit responsable des faits de son auxiliaire en tant qu'ils ont causé l'inexécution d'une obligation qui lui incombe.

Ce sont les mêmes conditions que celles qui sont exigées pour l'application de l'article 1384, alinéa 3. Nous en avons déjà examiné une, dans le second chapitre de la première partie *in fine* : c'est celle qui a pour but de déterminer de quelles personnes le débiteur peut être responsable. Il nous

(1) V. aussi, *Oblig.*, t. V, n° 1.244, p. 553 et suivantes.

(2) *Op. cit.*, p. 318.

(3) V. aussi BONNET, *Responsabilité civile et contrat*, *Revue Critique*, 1912, p. 318 et Labbé, note au *Sirey*, 1885.4.26.

reste, maintenant, à démontrer : a) s'il faut, pour que soit engagée la responsabilité du débiteur, que le fait de son préposé constitue une faute ;

b) quels sont les faits de ses auxiliaires dont le débiteur peut être responsable, ce qui correspond à la notion de fonction dans la responsabilité délictuelle.

a) Il nous semble que *la question de savoir s'il faut exiger une faute de l'auxiliaire* doit être résolue par l'affirmative. En effet, si le recours par le débiteur à un auxiliaire pour l'exécution de son obligation ne doit pas améliorer sa situation vis-à-vis de son créancier, autrement dit s'il ne peut pas prétendre dégager sa responsabilité en se contentant de prouver que l'inexécution de l'obligation n'est pas imputable à sa faute personnelle et en démontrant que la faute de son auxiliaire est pour lui-même une force majeure, il ne faut pas, à l'inverse, que ce recours à l'auxiliaire aggrave sa situation vis-à-vis de son créancier ; autrement dit, il faut admettre, si l'inexécution de l'obligation ayant pour cause le *fait* de l'auxiliaire, ne provient pas de la *faute* de celui-ci, que la responsabilité du débiteur doit être dégagée. Toute cause d'exonération de la responsabilité du débiteur (cas fortuit, force majeure, état de nécessité, non-imputabilité) peut bien jouer en ce qui concerne l'auxiliaire et par la suite dégager la responsabilité du débiteur lui-même.

Si l'auxiliaire est frappé de folie au moment où il a commis l'acte qui a empêché l'exécution de l'obligation, il n'y aura pas lieu d'engager la responsabilité du débiteur, à moins que celui-ci ait bien connu l'état mental de son auxiliaire ou la fréquence des crises auxquelles il est sujet, ce qui constituera une faute personnelle de sa part.

Ainsi si le domestique d'une personne qui a loué un chien se trouve obligé de tuer ce chien pour se défendre, l'obligation de rendre le chien qui incombe au locataire n'existera plus.

La nécessité de cette faute de la part de l'auxiliaire est consacrée par l'article 278 du Code civil allemand (1) que nous avons cité, ainsi que par l'article 113 du Code fédéral des obligations de 1881. Bien que le Code civil français ne contienne pas d'article semblable à l'article 278 du Code civil allemand, on peut citer l'article 1245 qui consacre un principe général et qui libère le débiteur d'un corps certain et déterminé en cas de non remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, « pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable » (2). La jurisprudence française paraît du reste consacrer la nécessité d'une faute de la part de l'auxiliaire (3).

b) *Quelles sont les limites de la fonction de l'auxiliaire en matière contractuelle?* Les textes ne nous donnent pas de précisions à ce sujet. Nous ne sommes plus devant une responsabilité délictuelle qui a surtout un caractère exceptionnel comme celle de l'article 1384, alinéa 3. Si le débiteur est responsable des fautes de son auxiliaire, c'est parce qu'on veut atteindre à une sécurité économique. Cette raison à elle seule suffit pour donner à cette responsabilité un caractère objectif, là où nous l'avons refusé à la responsabilité délictuelle de l'article 1384, alinéa 3, pour cela seul qu'elle est délictuelle. La conséquence qui s'impose est de se rallier à une conception large de la fonction en matière contractuelle. On pourra admettre que l'auxiliaire engage la responsabilité du débiteur

(1) V. FEDER, *Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem B. G. B.*, Berlin, 1902, pp. 67 et 74.

(2) V. en sens contraire, BECQUÉ, *op. cit.*, p. 303 qui estime que l'exigence d'une faute de la part de l'auxiliaire est en contradiction avec les motifs économiques de la responsabilité contractuelle pour autrui. — Voir aussi, l'art. 101 du Code fédéral suisse de 1912.

(3) V. les arrêts précités, p. 178.

par des fautes qu'il a commises *même à l'occasion de l'exécution de sa fonction*; formule que nous avons rejetée, dans son état absolu, pour la responsabilité délictuelle. Cette conception large se justifie bien par la sécurité économique d'une part, et se limite d'autre part, par l'exigence de la faute de l'auxiliaire (1); ce qui montre, encore une fois, l'intérêt qu'il y a lieu à ne pas compénétrer la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle à raison des faits d'autrui.

(1) Cette interprétation large de la notion de fonction en matière contractuelle est admise par la majorité des auteurs allemands; v. RÜMELIN, *Culpahaftung und Kausalhaftung* (*Archiv für d. civil. Praxis*, B. 88. p. 285); FEDER, *op. cit.*, pp. 59 et suiv.; et BECQUÉ, *op. cit.*, p. 306.

TROISIÈME PARTIE

L'ÉTENDUE
DE LA
RESPONSABILITÉ DU COMMETTANT

TROISIÈME PARTIE

L'étendue de la responsabilité du commettant

CHAPITRE I

L'étendue de la responsabilité et le droit de recours

La responsabilité du commettant est basée sur une présomption irréfragable. Si l'on ne s'arrête pas pour le moment aux conséquences qu'on tire de cette présomption et qui ont permis d'y voir une responsabilité objective, on constate que l'irréfragabilité de cette présomption est admise par l'unanimité des auteurs, ainsi que par la jurisprudence. Pourtant il y a une opinion qui voudrait y voir une présomption réfragable. C'est l'opinion de M. Weiss dans son cours rapportée par M. Dewisme (1).

M. Weiss estime que les présomptions irréfragables sont définies par l'article 1352 du Code civil aux termes duquel : « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire. » Et puisque l'article 1384 n'aboutit ni à l'annulation d'un acte, ni au déni d'action en justice, ce ne serait pas une présomption irréfragable. Si la

(1) *La Notion du préposé*, thèse, Paris 1908, pp. 102 et suiv.

loi voulait déroger à l'article 1352, elle l'aurait dit expressément. M. Weiss s'appuie aussi sur le discours de Tarrible le 14 pluviôse an XII et dans lequel après l'énumération des personnes qui sont civilement responsables par l'article 1384, il dit en propres termes : « cette responsabilité cesse à l'égard de tous, s'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne lieu ». Ce discours a d'autant plus de force probante, d'après M. Weiss, qu'il a été suivi d'un vote.

Cette opinion, outre qu'elle peut être réfutée par les discours d'autres orateurs, pendant les travaux préparatoires qui ont établi une distinction entre le cas des maîtres et commettants d'une part, et des pères, mères, artisans et instituteurs d'autre part, ne peut pas se concilier avec le texte de l'article 1384, qui, par un silence significatif, refuse aux maîtres et commettants le droit de prouver l'absence de leur faute effective. La jurisprudence, malgré quelques arrêts isolés, admet bien l'irréfragabilité de la présomption (1).

Relevons ici une exception à l'irréfragabilité de la présomption sur laquelle se base la responsabilité de commettant : nous la trouvons en matière forestière. D'après l'article 206 du Code forestier, le commettant pourra se disculper en prouvant l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'empêcher le délit de son domestique ou de son préposé. Ce texte étant exceptionnel, doit être interprété limitativement et on ne pourra pas l'étendre aux délits, même relatifs aux bois, mais qui sont prévus par le Code pénal (notamment l'art. 458, C. pén.) et non par le Code forestier (2).

(1) Cour de Paris, 13 mai 1851, D. 1852.2.240; 16 juin 1896, D. 1896.2.202; Riom, 24 janvier 1924, G. P. 1924.1.301; Douai, 4 mars 1925, G. P. 1926.1.625. — V. cependant, Trib. Corr. de Toulouse, 23 novembre 1903, G. T. Midi, 21 février 1904; Bordeaux, 21 juillet 1913; Rec. Bordeaux, 1914.1.9.

(2) Paris, 31 octobre 1893, D. P. 1894.2.313.

La responsabilité du commettant a été appliquée aussi par le droit maritime mais avec une certaine déformation. D'après l'article 216 du Code de commerce, le propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine bien que celui-ci ne puisse être choisi que parmi des marins remplissant certaines conditions. Ainsi il peut être responsable des fautes du capitaine nommé par un consul (1). Mais par ailleurs le droit commercial est plus étroit, puisque le propriétaire peut se libérer de toute responsabilité en abandonnant le navire et le fret. Si on appliquait l'article 1384, l'étendue de la responsabilité du propriétaire du navire aurait été plus large, puisqu'il serait obligé d'indemniser la victime de tout le dommage qu'il a subi, même s'il dépasse la valeur du navire et du fret.

L'article 44 de la loi du 29 juillet 1881 nous dit encore que « les propriétaires de journaux et écrits périodiques sont responsables des condamnations pécuniaires prononcées au profit des tiers contre les personnes désignées dans les deux articles précédents, conformément aux dispositions des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil ». Ce renvoi à l'article 1384 est précisé par le rapporteur qui ajoute que « les gérants seront considérés, à moins de circonstances exceptionnelles, comme étant les préposés des propriétaires des journaux dans le sens du Code civil ». C'est une simple présomption de la qualité du commettant ; on pourra bien administrer la preuve contraire, en montrant que le journal a été par exemple loué (2).

En règle générale la responsabilité des maîtres et commettants comprend tout ce à quoi peuvent être condamnés leurs agents : restitution, dommages-intérêts, frais (V. l'art. 194 du C. d'inst. crim.). Mais répondent-ils des peines qui

(1) LYON-CAEN et RENAULT, n° 188 bis.

(2) DEMOGUE, t. V, p. 113, n° 917 bis.

revêtent une forme pécuniaire auxquelles les domestiques et préposés peuvent être condamnés, comme l'amende ou le paiement de la valeur des objets dont la confiscation aurait été prononcée et qui ne seraient pas représentés? Non, en principe parce que leur responsabilité est purement civile et que l'amende et la confiscation, malgré leur caractère pécuniaire, n'en sont pas moins des peines (1).

Pourtant cette règle subit des dérogations dans des matières spéciales. C'est ainsi que, d'après la loi des 6-22 août 1791, titre XIII, article 20, « les propriétaires des marchandises seront responsables civilement du fait de leurs facteurs, agents, serviteurs et domestiques en ce qui concerne les droits, confiscations, amendes et dépens ».

La jurisprudence considère que l'extension de la responsabilité des maîtres et commettants à l'amende, en matière de douane, n'est pas une dérogation aux principes généraux, parce qu'en cette matière l'amende n'est plus une peine et ne constitue qu'une réparation civile au dommage causé à l'Etat par la fraude des délinquants (2). C'est ainsi qu'elle étend cette responsabilité aux pères et mères à raison des faits de leurs enfants, malgré que le texte de la loi ne parle que des propriétaires des marchandises. Cette extension est inadmissible, puisque la loi des 6-22 août 1791 établit une exception et que toute exception doit être interprétée limitativement (3).

(1) V. BAUDRY et BARDE, t. III, n° 2934; DEMOLOMBE, *Contrats*, t. VIII, n° 682; SOURDAT, t. II, n° 777, p. 21 et Cass., 8 juillet 1898, D. P. 1900.1.87; Cass. Crim., 25 juin 1903, D. 1905.1.62 et BRETHE, *La Responsabilité civile de l'amende pour les délits d'autrui*, *Revue Critique*, nouvelle série, 1916-1924, t. LIV, p. 297 et 378.

(2) Cass. Crim., 6 juin 1811, S. 1816.1.304; 5 septembre 1828, DALLOZ, *Repert. sous le mot Douanes*, n° 1.008-2°; Cass., 17 décembre 1831, S. 1832.1.272.

(3) V. SOURDAT, t. II, p. 22, n° 780.

Ainsi, d'après la loi du 30 mai 1851 sur la police du roulage « tout propriétaire de voiture est responsable des amendes, des dommages-intérêts et des frais de réparations prononcées en vertu des articles du présent titre, contre toute personne préposée par lui à la conduite de sa voiture... »

On peut citer aussi les articles 6, 46 et 82 du Code forestier — ainsi que le décret du 6 juillet 1810 sur la responsabilité du greffier, le décret-loi du 9 janvier 1852 sur la pêche côtière, la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants et des femmes dans les manufactures (art. 26) et celle du 12 juillet 1871 sur la liberté de l'enseignement supérieur...

Il s'agit maintenant de savoir si le maître ou le commettant a un droit de recours contre le domestique ou le préposé fautif, en vue d'exiger le remboursement des dommages-intérêts auxquels il a été condamné. Cette question a été assez rarement soumise aux tribunaux. En pratique la victime met en cause et l'agent fautif et son commettant, celui-ci étant solidairement responsable avec son préposé ; parfois il s'adresse directement au commettant sans mettre en cause le préposé, cette action directe étant toujours admise pourvu qu'on fournisse tous les éléments de responsabilité du commettant. Une fois condamné, celui-ci ne pense presque jamais à exercer son droit de recours contre son agent, lequel est, dans la plupart des cas, vu sa condition sociale, totalement insolvable.

Pourtant ce droit de recours est incontestable (1). La présomption irréfragable qui est à la charge du commettant n'a été imposée que dans l'intérêt des tiers. Cette conception se comprend mieux quand on admet que l'idée qui a guidé le

(1) MONDET, *Le Recours des personnes responsables des faits d'autrui*. Thèse, Bordeaux 1897, p. 75.

législateur en rédigeant l'article 1384 est une idée de garantie. Or, une fois la victime désintéressée, tout se résout à une question de faute. Il est entendu que chacun doit supporter personnellement la conséquence de sa faute, mais la difficulté réside dans la question de déterminer le degré de la faute imputable à celui-ci ou à celui-là et cette question sera une des plus délicates à trancher dans le domaine de la responsabilité des faits d'autrui. Une fois la présomption de faute dissolue, on devra chercher si le commettant a vraiment commis une erreur de direction. Ici interviendra la difficulté de déterminer le degré d'initiative qui appartient au préposé dans chaque espèce. C'est une pure question de fait.

Pourtant on peut poser quelques principes généraux. En premier lieu, si on peut imputer une faute personnelle au commettant, si le rôle du préposé se réduit à celui d'un instrument, si un immeuble s'écroule après avoir été bâti par l'entrepreneur sur les plans à lui délivrés par l'architecte, on ne pourra admettre un recours. Bien plus, on est en dehors de l'article 1384-3. C'est la responsabilité directe de l'architecte qui est en jeu. Il y a un élément qui nous fait défaut pour appliquer l'article 1384-3 : celui de la faute du préposé (1).

En second lieu, si on relève une faute à la charge du préposé, si le dommage a pour cause et exclusivement cette faute, si le commettant a montré la diligence nécessaire dans la direction du travail, si le délit a été commis à l'encontre des ordres du commettant et au mépris de ses instructions, le recours doit être total. C'est ce qui a été appliqué par la Cour de Douai dans son arrêt du 6 mars 1883 (2). La ville de Douai avait traité avec un entrepreneur pour l'exécution de travaux

(1) Cour d'Alexandrie, 23 mars 1898. *G. Tribunaux mixtes*, t. X, p. 174.

(2) D. P. 85.2.135, précité.

de démolition et de reconstruction. La Cour a constaté que l'entrepreneur travaillait absolument sous la dépendance et la direction de la ville représentée par son architecte ; constatation qui entraînait l'attribution de la qualité de préposé au dit entrepreneur, et par la suite, l'engagement de la responsabilité de la ville, à raison de la faute de celui-ci. La ville ayant actionné l'entrepreneur en vue d'exercer son recours contre lui, la Cour de Douai lui a donné raison, « attendu que cet entrepreneur se trouvait ainsi le préposé de la ville de Douai, celle-ci est responsable des accidents imputables à ce dernier ou à ses ouvriers, et a été justement actionnée à ce titre par l'appelant ; attendu néanmoins que l'entrepreneur est tenu d'indemniser la ville de Douai des condamnations auxquelles elle est soumise par son fait ou celui de ses ouvriers et que l'appel éventuel et nécessaire interjeté à cette fin par la ville est d'autant plus fondé que, si l'entrepreneur eût exactement suivi les instructions de l'architecte de la ville, l'accident d'où est né le litige aurait été conjuré... »

En troisième lieu, si le dommage a pour cause une faute commune au commettant et au préposé, le premier n'ayant pas pris toutes les précautions nécessaires, et le second ayant abusé de ses fonctions ou les ayant mal exécutées, il y aura lieu à une répartition des dommages. Chacun doit supporter la part qui lui incombe d'après le degré de gravité de sa faute. C'est une question difficile à déterminer, mais c'est une question discrétionnaire pour les juges.

« Attendu que lorsque, indépendamment de la responsabilité civile qui lui incombe, nous dit la Chambre des requêtes le 24 février 1886 (1), le commettant a participé au délit ou au quasi-délit, les tribunaux sont autorisés à répartir entre

(1) D. P. 1887.1.31.

lui et l'auteur direct du dommage, le montant des réparations, dans certaines proportions suivant la gravité du tort imputable à chacun d'eux... (1) »

L'article 1384 ne nous parle pas du droit de recours des personnes civilement responsables. Mais l'unanimité des auteurs estime que l'équité exige l'admission de l'action récursoire. Cette lacune de l'article 1384 est comblée dans d'autres textes qui statuent sur des matières spéciales de responsabilité civile. L'article 206 du Code forestier mentionne expressément le droit de recours ainsi que l'article 74 de la loi du 15 avril 1829, et l'article 8, titre II de la loi du 6 octobre 1791. Ces textes spéciaux sont couramment considérés par les auteurs comme une application du droit commun et de l'équité et non pas comme une exception.

Cependant les restrictions de ce droit et la répartition du dommage entre l'agent et le commettant ne semblent pas admises par tout le monde. M. Larombière nous dit (2) : « Si la personne civilement responsable n'était recherchée et condamnée qu'à raison de sa responsabilité de droit, les tribunaux ne pourraient modifier, ni dans son exercice, ni dans son étendue, son recours en garantie contre l'auteur du fait. Aussi quelque bien justifiée qu'elle soit par les circonstances de la cause, la simple présomption d'imprudence et de négligence sur laquelle repose la présomption de l'article 1384 n'a jamais pour conséquence de restreindre, diminuer ou supprimer son action récursoire, à moins qu'il ne soit établi, en outre, qu'elle a réellement et personnellement participé au fait *comme coauteur ou complice*. »

L'admission de l'action récursoire n'est pas contradictoire

(1) V. aussi, Cass., 22 novembre 1848, S. 1848.1.700 ; Bourges, 18 août 1838, S. 1839.2.32.

(2) T. V, p. 782.

avec la responsabilité absolue du commettant ; étant donné que la présomption irréfragable n'a été imposée que dans l'intérêt des tiers, cette présomption ne doit pas être considérée comme une faveur pour le préposé fautif qui doit supporter toujours, au moins en droit, la conséquence de sa faute.

Mais cette action récursoire cadre mal avec la théorie de risque. En effet, le commettant ayant pour lui le profit du travail du préposé doit supporter le risque des fautes de celui-ci. Le profit que tire le préposé n'étant que le prix de son travail, ce travail n'offre pas le caractère d'une spéculation et il ne doit pas supporter les risques.

.....

En matière contractuelle, le droit du débiteur d'exercer l'action récursoire contre son auxiliaire qui a entraîné par sa faute l'inexécution de l'obligation, est hors de doute. L'équité exige toujours que chacun subisse les conséquences de sa faute personnelle.

Mais il faut remarquer que le degré de prudence que doit montrer l'auxiliaire et dont le défaut constitue sa faute, peut se distinguer de celui que doit montrer le débiteur en ce qui concerne l'objet de l'obligation qui est en vue.

Supposons qu'un locataire d'un objet déterminé le mette en dépôt chez un ami, et que l'objet se détériore chez le dépositaire. Le locataire est sans doute responsable de la faute du dépositaire, celui-ci étant son auxiliaire. Mais la mesure de la faute du locataire n'est pas la même que celui de la faute du dépositaire ; celui-ci ne doit d'après l'article 1927, Code civil, qu'apporter dans la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. Dans son recours contre le dépositaire, le locataire ne pourrait pas se contenter de prouver un manque de dili-

gence du dépositaire, diligence que doit montrer le bon père de famille dans ses affaires. Il doit établir la faute du dépositaire d'après ce critère spécial (1).

(1) V. BECQUÉ, *op. cit.*, p. 310.

CHAPITRE II

L'Effet des clauses d'exonération sur la responsabilité du commettant

Il est assez difficile de poser la question de la validité des clauses d'exonération en matière de responsabilité délictuelle à raison des faits d'autrui. Il faudra, d'abord, poser la question de la validité de ces clauses sur le terrain de responsabilité personnelle d'après les articles 1382 et 1383.

La validité de ces clauses est unanimement rejetée, sur ce dernier terrain, soit que la clause porte sur le dol, sur la faute lourde ou sur la faute légère (1).

Un propriétaire n'est pas admis à stipuler de ses voisins l'exonération de sa responsabilité en cas d'incendie éclatant dans son immeuble et communiqué aux immeubles de ses voisins. Les articles 1382 et 1383 étant des dispositions impératives et d'ordre public, leur application ne peut pas être paralysée d'avance par une convention.

La jurisprudence admet, toutefois, la validité des contrats d'assurances contre la responsabilité dérivant de ces articles, parce que la convention d'assurance n'intervient pas entre la victime et l'auteur du dommage, mais à l'inverse entre ce dernier et un tiers, ce qui aura pour effet de donner deux débiteurs, au lieu d'un seul, à la victime, celle-ci pouvant

(1) V. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations* t. IV, n° 2869; PLANIOL, t. II, n° 882; Cass. Civ., 27 juillet 1925, D. P. 1926.1.5 et la note de M. Ripert; Paris, 10 juin 1926, D. H. 1926, p. 397.

toujours actionner l'auteur du dommage, et d'autre part l'assurance au lieu de substituer la compagnie à l'auteur, juxtapose la garantie de celle-ci à celle de l'auteur (1). Mais la validité de l'assurance en cette matière ne s'étend pas au dol, ni même à la faute lourde (*culpa lata æquiparatur dolo*). On pourra se référer pour la nullité de ces assurances à l'article 1174 : obligation sous une condition protestative de la part de celui qui s'oblige (2). On peut invoquer aussi l'ordre public (3). On peut dire enfin que le contrat d'assurances, comme tous les contrats, doit être exécuté par chaque partie de bonne foi (4).

A l'inverse l'exonération de la responsabilité en matière contractuelle est admise couramment (5). Pourtant cette admission souffre plusieurs restrictions. D'abord, le débiteur ne peut pas s'exonérer ni de son dol, ni de sa faute lourde. Il y a d'ailleurs des textes spéciaux qui limitent cette liberté, ainsi par exemple la loi du 27 décembre 1890 modifiant l'article 1780 du Code civil sur le contrat de louage de service, l'article 30 de la loi du 9 avril 1898, enfin la loi du 17 mars 1905 dite « Loi Rabier » modifiant l'article 103 du Code de commerce qui concerne le transport terrestre de marchandises (6).

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1874 au moins (7) on admet qu'on peut s'exonérer par avance des fautes

(1) PERREAU, *Clauses de non-garantie*, *Revue Critique*, 1901, pp. 494 et suiv. — LALOU, *La Responsabilité civile*, p. 135.

(2) V. BOUTAUD, *Des clauses de non-responsabilité*, n° 67.

(3) V. LABBÉ, *Sirey*, 1876.I.337.

(4) V. LALOU, p. 136.

(5) V. PLANIOL, t. II, n° 245; SAINCTELETTE, *Responsabilité et garantie*, p. 17; LABBÉ, *Annales de droit commercial*, 1886, p. 185 et 1887, p. 251; LYON-CAEN et RENAULT, t. III, n° 626 bis *in fine*.

(6) V. Sur ces restrictions, LALOU, p. 138 et suivantes.

(7) S. 74.I.273.

de ses auxiliaires en matière contractuelle. Remarquons que l'assurance a été permise, contre cette responsabilité, même avant qu'on ait admis la validité de ces clauses. On va même plus loin que dans la responsabilité de son fait propre et on admet qu'on peut s'exonérer même de *la faute lourde* ou du dol de son auxiliaire, puisque ceux-ci n'impliqueraient pas forcément une faute lourde de la part du débiteur lui-même (1).

Mais quel est l'effet de cette clause d'exonération qu'on valide? Libèrera-t-elle la responsabilité du débiteur en cas de faute contractuelle de son auxiliaire? La jurisprudence en général ne vas pas si loin, et tout l'effet qu'elle donne à la clause est de renverser la charge de la preuve. C'est-à-dire qu'au lieu de se contenter de prouver l'inexécution de l'obligation, le créancier se verra, en présence d'une clause d'exonération, obligé de prouver en plus de l'inexécution une faute à la charge du débiteur ou de son auxiliaire (2).

M. Sarrut dans une note au Dalloz (3) proposait de donner un effet complet aux clauses d'exonération des faits des agents en matière de contrat, à moins qu'on ait pu prouver l'existence du dol ou de la faute lourde. C'est-à-dire qu'il proposait la distinction entre la faute lourde et le dol d'une part et la faute légère d'autre part, les clauses d'exonération étant complètement effectives dans le second cas, et renversant la charge de la preuve dans le premier cas. La Cour de Montpellier consacra même ce principe par son arrêt du 21 février 1898 (4).

(1) V. Cass., 2 juin 1886, S. 87.1.369; 22 octobre 1894, S. 95.1.8.

(2) Cass. Civ., 9 novembre 1915, D. P. 1921.1.23; Civ., 13 mars 1876, D. P. 76.1.449; Req., 18 janvier 1919, D. P. 1926.1.208 et la note de M. Sarrut, au D. P. 1890.1.209.

(3) D. 1890.1.212.

(4) S. 1901.1.404.

Mais la Cour de cassation, saisie de la même affaire cassa par son arrêt du 31 décembre 1900 la décision de la Cour de Montpellier et marqua même un revirement en déclarant la clause d'exonération nulle et de nul effet et en refusant même d'admettre le renversement de la charge de la preuve.

Cet arrêt a été suivi par un autre de la Chambre des requêtes du 27 novembre 1911 (1) qui a considéré que la clause d'irresponsabilité, stipulée en faveur d'une société de renseignements commerciaux, des erreurs de ses agents ou ses auxiliaires, est nulle, parce que contraire à l'ordre public. Bien que l'erreur de l'agent fut une faute commise dans l'exécution du contrat dont a souffert le cocontractant, la Cour nous dit : « Attendu qu'il n'est pas plus permis de s'exonérer par avance par convention des fautes de ses *préposés* que de ses propres fautes; que, s'il peut en être autrement, c'est seulement lorsque le préposé échappe en fait, dans l'exercice de ses fonctions, à l'autorité du préposant et à sa direction. »

La raison de cette rigueur de la part de la jurisprudence vis-à-vis des clauses d'exonération en matière contractuelle, soit qu'elle s'exerce en limitant l'effet de ces clauses (renversement de la charge de preuve), soit qu'elle les annule purement et simplement, paraît être l'admission du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Elle considère qu'il y a à côté de la responsabilité contractuelle des faits d'autrui (d'auxiliaires), une responsabilité délictuelle de leurs fautes, et cette fois elle les appelle préposés comme le fait la Chambre des requêtes, et estime que, l'article 1384 étant applicable, on ne peut pas y déroger parce que déroger à la responsabilité délictuelle par une convention préalable est contraire à l'ordre public.

(1) D. 1913.1.111.

Cette façon de voir est plus évidente dans l'arrêt de la Cour de Dijon du 18 mars 1903 (1) qui admet que la commission d'administration d'un hôpital est responsable envers un malade payant tant d'après l'article 1384, du fait de son médecin (2) que, d'après l'article 1147, à cause de l'inexécution du contrat. Dans l'espèce, la faute du médecin était d'avoir négligé pendant quelques jours d'ausculter le malade et cette négligence avait entraîné la mort de celui-ci.

Comme le dit M. Becqué (3) : « si donc aux yeux de la jurisprudence le débiteur ne peut pas s'exonérer du fait de ses auxiliaires, c'est que sa responsabilité contractuelle pour autrui n'absorbe pas la responsabilité quasi-délictuelle telle qu'elle résulte de l'article 1384, cette dernière échappant à toute clause d'exonération ».

Or, cette façon de voir est repoussée par plusieurs auteurs à l'opinion desquels nous préférons nous ranger, parce que l'exécution de l'obligation n'intéresse que le créancier, et si celui-ci consent à courir le risque de l'inexécution, on ne peut pas soutenir que la loi doive veiller plus que lui-même à ses propres intérêts (4).

Nous estimons qu'en matière contractuelle on doit valider en principe les clauses d'exonération soit de sa faute propre soit de celle de l'auxiliaire, en application du principe de liberté de convention, tout en modifiant cette règle générale par des exceptions que l'ordre public impose. En ceci nous ne faisons qu'adopter les solutions qu'ont admises le Code civil allemand et le Code fédéral suisse des obligations.

(1) S. 1906.2.17.

(2) Dans la mesure où le médecin peut être un préposé. — V. *Suprà*, la section sur les spécialistes comme préposés.

(3) *Op. cit.*, p. 318.

(4) V. BECQUÉ, *loc. cit.*, et DEMOGUE, sous *Sirey*, 1924.1.106.

Après avoir posé le principe de la liberté de s'exonérer de sa faute propre par l'article 276, le Code civil allemand, par l'article 278, pose le principe de la liberté de s'exonérer des fautes de ses auxiliaires, dans l'exécution du contrat, même lourde, même de leur dol. « Une convention préalable, nous dit de même l'article 104 du Code fédéral révisé, peut exclure en tout ou en partie la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires. »

Mais il faudra pour la validité de ces clauses, qu'il y ait une convention véritable ; les déclarations unilatérales, les affiches qu'apposent les hôteliers dans leurs établissements pour décliner leur responsabilité énoncée par la loi, ou pour l'atténuer étant insuffisantes (1). Le principe de la validité de l'exonération subit dans ces législations plusieurs brèches qui s'expliquent par l'ordre public et l'équité. Nous en trouvons un exemple dans les législations sur les entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur (2).

Il ne faut pas perdre de vue que le principe peut aussi être paralysé par l'article 138 du Code civil allemand d'après lequel « est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte, la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante ».

(1) V. Art. 701-3 C. Civ. allemand et 489 Code fédéral Suisse.

(2) V. par exemple l'art. 3, loi fédérale du 1^{er} juillet 1875 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et bateaux à vapeur ; art. 4, loi fédérale du 29 mars 1893 sur les transports par chemin de fer et bateaux à vapeur et art. 1^{er}, loi fédérale du 25 juin 1881 sur la responsabilité civile des fabricants.

Ceci posé, nous pourrions dès lors, poser la question de valeur des clauses d'exonération en matière de responsabilité du commettant. Nous nous empressons de dire, qu'étant une responsabilité délictuelle, on ne peut pas admettre en principe l'exonération, parce que ce serait aller contre l'ordre public.

La responsabilité du commettant résultant d'une situation à laquelle la loi attache une conséquence particulière, toute exonération préalable de la responsabilité est nulle, tant que cette situation existe. C'est en vain qu'un patron inscrira dans une affiche, ou même insèrera dans le contrat qui intervient entre lui et son préposé, qu'il n'est pas responsable des fautes de celui-ci.

Mais bien que l'exonération proprement dite soit impossible, rien ne s'oppose à ce que le commettant par sa volonté propre change cette situation à laquelle la loi a attaché la responsabilité. Il peut mettre son préposé à l'ordre d'une autre personne tant et si bien qu'il abandonne en fait son autorité sur lui (1), ou bien il peut insérer dans le contrat qui intervient entre lui et la personne qui travaille pour son compte et qui a l'apparence, au moins, d'être son préposé, que celui-ci exécutera le travail d'une manière indépendante, qu'il n'aura pas d'ordre à recevoir de lui-même, et ainsi le prétendu commettant pourra s'exonérer de la responsabilité qui peut lui incomber à raison des fautes de la personne qui travaille pour son compte.

Par une convention de ce genre la qualité de commettant disparaît. Ce qui sera mis en jeu, il faut l'avouer, ce n'est plus la question d'exonération de responsabilité, mais celle de l'existence même du lien de préposition.

De telles conventions sont pleinement valables, l'ordre

(1) V. *Suprà*, la section III, ch. II, 1^{re} partie.

public n'ayant pas à en souffrir, puisque la situation de dépendance et de l'autorité d'une personne sur une autre et qui, seul, intéresse l'ordre public n'existe plus. Mais il faudra que cette situation cesse non seulement d'après la convention, mais aussi en fait. Autrement dit, il faudra que ladite convention ne soit pas simulée, et qu'elle n'énonce pas un rapport que l'état de fait contredirait.

Nous faisons par là allusion à l'arrêt, que nous avons cité ailleurs, de la Cour de Pau du 19 février 1901 (1). Une société adjudicataire d'une coupe de bois s'était adressée au sieur G... pour effectuer des travaux. Dans un traité passé entre eux, la société stipulait que le sieur G... travaillait à forfait, sans avoir à recevoir des ordres ni à se soumettre ni à l'autorité ni à la surveillance de la société, laquelle déclinait toute responsabilité à raison des accidents qui pourraient survenir au cours des travaux. Cette convention est parfaitement valable en principe, les éléments du lien de préposition étant absolument écartés. Mais il faudra, comme nous venons de dire, que cette convention, pour être efficace, soit exécutée comme telle.

Or, la Cour de Pau a constaté qu'en fait le sieur G... n'était que le préposé de la société, que celle-ci exerçait sur lui une surveillance étroite et une direction absolue, que ledit traité était même simulé et qu'il était probable qu'il n'avait été rédigé qu'après qu'un accident était survenu, lequel avait mis en cause la responsabilité de la société.

De même les conventions par lesquelles un commettant d'habitude met son préposé sous l'autorité d'une autre personne qui devient le commettant d'occasion de celui-ci, et du fait duquel il sera seul responsable pendant le travail qu'il effectue pour lui, doivent être, pour que soit libérée la respon-

(1) S. 1901.2.161.

sabilité du premier commettant, de véritables conventions. Il a été jugé en application de cette proposition que la société de garage qui fournit pour la conduite d'une automobile remisee dans son établissement un mécanicien qui demeure à son service et dont elle paye les gages, et qui aurait inséré dans ses lettres et factures, en caractères d'ailleurs peu apparents, une clause plaçant le mécanicien sous l'autorité et la responsabilité des clients, reste responsable de l'accident causé par ledit mécanicien, si du moins il n'est pas démontré que cette clause a été connue du client et que celui-ci a accepté la substitution de sa responsabilité à celle de la société de garage (1).

La jurisprudence refusant la validité des clauses d'exonération de la responsabilité délictuelle du commettant (2), admet à l'inverse la validité de l'assurance contre les fautes de ses préposés, « attendu, nous dit la Cour de Montpellier dans son arrêt du 21 février 1898 (3), qu'on ne peut établir aucune assimilation entre une clause d'exonération et une assurance; que dans celle-ci, loin de repousser toute responsabilité l'assuré la reconnaît et l'accepte, transmettant seulement à un tiers l'obligation d'en supporter les charges; qu'en conséquence, il est loisible au commettant de s'assurer contre le risque spécial venant des faits de ses préposés ».

On admet même l'assurance contre la faute lourde du préposé. Cela ne contredit pas la nullité couramment admise de l'assurance contre sa faute lourde, puisque la faute présumée

(1) V. Cour de Douai, 25 février 1921, G. P. 1921.1.585. — V. aussi, Tribunal de Toulouse, 26 février 1909, *G. Trib.*, 1909, 1^{re} série, 2.470.

(2) Cass. Civ., 31 décembre 1900, D. P. 1903.1.17 et la note de M. Sarrut. S. 1900.1.393; Req., 7 janvier 1907, S. 1907.1.37; 27 novembre 1911, D. P. 1913.1.111; 3 juin 1920, D. P. 1920.1.181.

(3) D. P. 1903.1.1. — Voir en même sens, Cass., 22 octobre 1894, D. 95.1.156; Cass., 28 octobre 1903, *G. Trib.*, 1^{re} série, 1.170.

du commettant n'est pas forcément une faute lourde, malgré que celle du préposé le soit (1).

Mais en admettant la validité de l'assurance des faits de ses préposés la jurisprudence n'arrive-t-elle pas à annihiler le principe de la nullité de l'exonération de la faute de ceux-ci, de même que le procédé du double legs a failli détruire la nullité des substitutions? Les deux arrêts suivants donnent à réfléchir.

La première espèce a été jugée par la Cour de cassation le 28 octobre 1903 (2). Un entrepreneur de travaux, passant un marché avec une compagnie de chemins de fer, avait pris à sa charge la responsabilité entière des accidents dont ses agents et ouvriers pourraient être victimes et pour lesquels les tribunaux jugeraient équitable de leur allouer une indemnité. Un ouvrier est tué par la faute d'un préposé de la compagnie. Celle-ci, actionnée en justice par les ayants-cause appelle l'entrepreneur en garantie se basant sur la clause qu'a accepté l'entrepreneur dans son contrat passé avec elle. Celui-ci pour se défendre alléguait la nullité des clauses d'exonération des fautes de ses préposés. Il voulait par là prétendre que la compagnie en insérant la clause de décharge des accidents dans son contrat avec lui, s'était exonérée des fautes de ses préposés. A quoi la compagnie répondait que ce n'était pas une clause d'exonération, mais une convention équivalente au contrat d'assurance. La compagnie n'a fait que de s'assurer contre ses fautes et celles de ses préposés et l'assureur fut l'entrepreneur. Cette façon de voir a été admise par la Cour suprême qui a décidé en principe « qu'il n'est contraire ni à la loi, ni aux principes d'ordre public, qu'on stipule, au moyen

(1) V. Cass., 2 juin 1886, D. 86.1.265; Req., 12 décembre 1903, D. 1904.1.340; Cass., 22 octobre, 1894, D. 95.1.156.

(2) S. 1904.1.437 et la note.

d'un contrat d'assurance ou d'un *pacte analogue*, la garantie de ses fautes ».

Ce principe a été adopté par la Cour de Bordeaux le 28 juin 1920 (1). Il s'agissait d'un incendie qui avait éclaté dans les magasins de la Société des stocks Sursol par la faute d'un des préposés de cette Société, et qui avait causé la destruction des marchandises entreposées par l'Etat.

La Société prétendait se libérer en invoquant une clause d'exonération de responsabilité insérée dans la convention intervenue entre elle et l'Etat (la convention déterminant les droits respectifs, fait la loi des parties) et qui est ainsi conçue : « La Société Sursol assurera la bonne conservation des denrées emmagasinées ; elle sera toutefois dégagée de toute responsabilité en ce qui concerne l'incendie de celles-ci, *l'Etat restant son propre assureur*. » La Cour a adopté cette façon de voir en considérant que cette convention était analogue à un contrat d'assurance et par suite parfaitement valable.

Comme le dit avec raison M. Hugueney dans sa note sur cet arrêt, « entre cette hypothèse et la précédente (celle de la Cour de cassation du 28 octobre 1903), il existait un fossé profond..., la Cour de Bordeaux franchit le fossé sans même paraître en soupçonner la profondeur ». En effet dans l'arrêt de la Cour suprême, la convention était conclue avec une personne autre que celle éventuellement exposée à souffrir des fautes dont le débiteur avait la prétention de s'exonérer, de sorte que les victimes, loin de voir leur garantie diminuer trouvaient au contraire, dans le recours stipulé par la compagnie, comme un surcroît de protection. Au contraire dans l'espèce jugée par la Cour de Bordeaux la convention avait été conclue avec la future victime elle-même.

(1) S. 1921.2.1 et la note de M. Hugueney.

Mais une remarque s'impose. C'est que la responsabilité n'est pas la même dans les deux espèces ; dans celle de la Cour de Bordeaux, c'est une responsabilité contractuelle des faits de ses auxiliaires. Nous avons estimé que l'exonération même de cette responsabilité doit être admise par une clause préalable. L'arrêt n'est donc pas reprochable. Nous ne retenons donc que l'arrêt de la Cour de cassation. C'est bel et bien une responsabilité délictuelle du fait de ses préposés. L'exonération par une clause préalable doit être annulée. Tout autre doit être la solution en cas d'assurance contre les faits de ses préposés ; ce ne peut pas être contre l'ordre public puisque comme le dit M. Huguency l'effet de l'assurance est de donner un surcroît de protection.

Mais cela admis, on peut se poser la question de savoir si l'assurance peut être conclue par un pacte analogue et avec un non professionnel. De la solution de cette question dépend l'appréciation de l'arrêt de la Cour suprême. Nous écartons cette question comme étant hors de notre sujet (1).

(1) V. Paul ESMEIN, *Revue trimestrielle*, 1926, p. 336 ; DEMOGUE, *Oblig.*, t. V, n° 1191 et 1198.

QUATRIÈME PARTIE

LA RESPONSABILITÉ DU COMMETTANT
DANS
QUELQUES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

QUATRIÈME PARTIE

La responsabilité du commettant dans quelques législations étrangères

CHAPITRE I

Le droit "anglo-américain" (1)

Entre la responsabilité du commettant des faits de ses préposés en droit français qui a été confectionnée dans l'ancien droit, et celle du *master* à cause des faits (*torts*) de son *servant* en droit anglais et qui relève des coutumes anglaises, il y a une ressemblance frappante. Sauf une exception qui

(1) Il n'y aura pas lieu dans ce chapitre que nous consacrons au droit anglais de marquer la différence de méthode entre le droit anglo-saxon et les législations latines, ni de rechercher les origines de cette méthode; nous nous contenterons de donner quelques notions générales. Le droit anglais est régi par la coutume jurisprudentielle. C'est un droit fait par le juge (*judge made law*) et par les espèces précédentes (*case law*). Ce droit se divise en deux tranches : « *The common law* » qu'on peut comparer au *jus civile* du droit romain, et « *the equity* » qu'on peut comparer au droit prétorien. Mais ce système coutumier est parfois modifié par des lois codifiées qui portent sur des matières spéciales (*statute law*). Et c'est pourquoi on remarquera que les auteurs anglais procèdent toujours par espèces pour fixer les principes puisque tout le droit est là. (V. LÉVY-ULLMANN, *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-américain*).

relève du *common law* modifiée par une loi spéciale : « *Employers Liability Act. (1880)* » et qui l'affaiblit considérablement, les règles du droit anglais sont presque les mêmes qu'en droit français. Cette constatation n'enlève pas à ce chapitre consacré au droit anglais, son importance, parce que nous trouverons dans la jurisprudence anglaise des analyses et des déterminations très édifiantes et qui peuvent servir à mettre un frein à une extension abusive que la jurisprudence française donne parfois à la notion de fonction.

Nous nous permettons donc de soumettre cette question au plan suivant, calqué sur celui précédemment adopté pour le droit français :

Section I^{re} : Le fondement de la responsabilité et la notion du préposé ;

Section II : La notion de fonction ;

Section III : Exceptions relevant du *common law* et limites de ces exceptions.

SECTION I^{re}. — *Le fondement de la responsabilité et la notion du préposé.*

Salmond (1) estime qu'on peut donner comme justification rationnelle de la responsabilité du *master* cette présomption d'après laquelle les délits du *servant* dans l'exercice de ses fonctions sont, soit effectivement autorisés par le maître, soit, au moins, le résultat d'un manque de prudence de la part du maître dans le choix de ses préposés ou dans la surveillance et le contrôle du travail. Il avoue aussitôt après que souvent cette présomption ne correspond pas aux faits, mais il estime

(1) *The Law of Torts*, p. 95.

que la difficulté de trouver la faute du maître serait tellement considérable qu'il serait préférable d'imposer une présomption au maître et même de la rendre irréfragable.

On voit par là qu'il ne fait que rapporter les raisons qu'ont invoquées les auteurs classiques français ; cette doctrine a été réfutée en France (1) et Sir Frederick Pollock la réfute, de même, en disant qu'on devrait permettre au commettant, pour que la raison invoquée soit bien solide, d'administrer la preuve contraire et de dégager sa responsabilité, ce qui n'est pas le droit (2).

Stephens (3) nous donne une justification qui doit nous arrêter : il estime que ce sont les considérations pratiques et économiques qui expliquent le mieux cette responsabilité rigoureuse mise à la charge des commettants, et qui donnent la justification la plus satisfaisante. Il entend par là la situation économique des domestiques et des préposés qui, dans la plupart des cas, laissera la victime sans réparation (4). C'est en somme adopter l'idée d'ordre public d'après laquelle les personnes qui en ont d'autres sous leur direction et autorité doivent garantir les tiers des dommages que peuvent leur causer les subordonnés, étant donné l'insolvabilité de ceux-ci. Cette idée a été exprimée dans une espèce par Willes (J.) (5). « Il est bien connu qu'on ne peut pas recouvrer le montant du dommage du conducteur de l'omnibus. Il est donc nécessaire que le maître soit responsable de la faute de ce conducteur commise au cours de son emploi. Car il faudra toujours qu'il y ait une personne solvable à qui les victimes s'adresseront

(1) V. *Suprà*, p. 41 et suiv.

(2) *The Law of Torts*, p. 73.

(3) *Commentaires on the laws of England*, t. II, p. 563.

(4) « *Servants are in the majority of cases not worth the powder and shot of the party injured* », STEPHENS, *loc. cit.*

(5) STEPHENS, *op. cit.*, p. 564.

pour payer les dommages causés par le conducteur maladroit. »

Ce ne sont pas les seules spéculations qu'on trouve chez les auteurs anglais sur le fondement de cette responsabilité. On invoque aussi la maxime « *Respondeat superior* » ou bien « *qui facit per alium, facit per se* ».

Sir Frederick Pollock estime, quant à lui, qu'on ne peut pas trouver chez les auteurs anglais une justification satisfaisante de la responsabilité du maître; il accuse les maximes invoquées d'être des pétitions de principes (1), mais il semble accepter cette idée d'ordre public d'après lequel le maître doit garantir le tiers contre les fautes de ses préposés, quand il approuve les paroles de Lord Cranworth (2) qui énonce cette idée.

Il est curieux de relever dans un arrêt qui date de la fin du xvii^e siècle (3) une justification qui peut se rapprocher de celle du risque. « Il sera présumé que le préposé a l'autorisation de son maître (pour accomplir l'acte fautif) puisqu'il agit pour le profit de son maître. »

Les auteurs anglais ont l'habitude, pour dégager ce que nous appelons le lien de préposition, de distinguer entre le *servant* (le préposé) et l'*indépendant contractor*, ce qui correspond à l'entrepreneur.

Le préposé est celui qui s'engage à travailler pour le maître en se soumettant à ses ordres et contrôle (4). L'*indépendant*

(1) « *But this is a plain begging of the question ; it states the effect of the rule, not any reason for it* », *Law of Torts*, p. 73.

(2) « *The master is considered as bound to guarantee third persons against all hurt arising from the carelessness of himself or of those acting under his orders in the course of his business* ».

(3) TUBERVILLE, V. Stampe end of 17th century 2 Ld Raym 264. « *It shall be intended that the servant had authority from his master, it being his master's benefit* ». POLLOCK, p. 75.

(4) STEPHENS, *op. cit.*, p. 560.

contractor est celui qui entreprend d'arriver à un certain résultat mais d'une façon telle que dans l'exécution de travail : 1° il ne se mette pas sous les ordres ou le contrôle de la personne pour laquelle il effectue ce travail ; 2° et qu'il puisse exécuter à sa manière tout ce qui n'a pas été spécifié d'avance (1). Il est son propre maître (2). Il est lié par les termes du contrat qui intervient entre lui et celui qui l'a employé, mais non par les ordres de celui-ci (3).

Le lien de préposition n'existe, en principe, que dans le premier cas, et remarquons que ce lien comporte une dépendance physique dans les limites et mesures que nous avons exposées à propos du critérium de la jurisprudence française. Rien ne représente mieux l'exactitude de cette constatation que les paroles du Baron Parke dans *Quarmen v. Burne* (4), « D'après le principe de *qui facit per alium facit per se*, le maître est responsable des actes de son préposé. Est incontestablement dans la situation du maître vis-à-vis du fauteur, celui qui l'a choisi comme préposé sachant son adresse et confiant dans sa prudence, et qui peut le révoquer pour

(1) POLLOCK, *op. cit.*, p. 74; STEPHENS, *loc. cit.* : « *one who undertakes to produce a given result but so that in the actual execution of the work he is not under the order or control of the person for whom he does it, and may use his own discretion in things not specified beforehand* ».

(2) STEPHENS, *op. cit.*, p. 560.

(3) SALMOND, *op. cit.*, p. 97. « *He is bound by the contract but not by his employer's orders* ».

(4) (1840), C. M. et Wat., p. 509, « *Upon the principle that qui facit per alium facit per se, the master is responsible for the acts of his servant; and that person is undoubtedly liable who stood in the relation of master to the wrongdoer, he who selected him as his servant from the knowledge of or belief in his Skill and care, and who could remove him for misconduct, and whose orders he was bound to receive and obey* ».

insuffisance et envers qui celui-ci est tenu de recevoir ses ordres et de lui obéir. »

Mais l'irresponsabilité de celui qui emploie un *indépendant contractor* pour exécuter le travail, souffre plusieurs exceptions.

1° Quand les travaux envisagés par le contrat sont illicites. Cette exception est représentée par l'espèce *Ellis v. Sheffield Gas Company* (1). Une compagnie avait chargé un entrepreneur (*indépendant contractor*) de creuser des tranchées à travers les rues de la ville de Sheffield, pour y placer les conduites de gaz. Les ouvriers en travaillant laissèrent sur le bord de la route un amas de pierre contre lequel un passant se blessa. Ni la compagnie, ni l'entrepreneur n'avaient l'autorisation nécessaire pour effectuer ces travaux, lesquels furent déclarés illicites et ainsi la compagnie fut rendue responsable de l'accident.

2° Quand le travail, même licite, a été dangereux, ou susceptible de l'être avec le degré de précaution qui a été pris et si l'accident aurait pu être évité avec une précaution plus convenable. C'est, en somme, une faute personnelle qu'on impute à celui qui charge l'*indépendant contractor* d'accomplir le travail. L'exemple fourni par Stephens (2), représente bien cette hypothèse : une personne charge un *indépendant contractor* de lui amener du marché une quantité assez importante de bétail. Au cours de la route, un passant est blessé par un taureau qui faisait partie du troupeau. On a considéré qu'il y avait une faute imputable au propriétaire du bétail d'avoir recours à une seule personne pour conduire plusieurs animaux.

(1) (1883), 2 E et B, 767.

(2) STEPHENS, *op. cit.*, p. 562.

3° L'exception la plus intéressante est celle-ci : quand celui qui charge l'*indépendant contractor* des travaux exerce en fait, la direction et le contrôle de ces travaux. Cette exception est représentée par l'espèce *Holliday v. National Telephone Co* (1). Une compagnie de téléphone avait chargé un *indépendant contractor* de souder des cables électriques sur une grande route. Au cours du travail et par sa faute, celui-ci causa un accident. Il fut constaté qu'en fait la compagnie avait exercé une surveillance et une direction sur les travaux, ce qui permettait une exception à la règle d'irresponsabilité de l'*employer* des fautes de l'*indépendant contractor*.

Il ne faut pas se tromper sur la portée de ces exceptions. Les hypothèses où l'on veut voir des exceptions à la règle admise comme un principe de droit permettent seulement de justifier des arrêts qui dérogent à ce principe mais qui restent dans le cadre de l'équité. En effet, dans les deux premières hypothèses, il y a une faute personnelle de la part de l'employé ; dans la troisième, on n'est plus en présence d'un entrepreneur ; en France on dirait dans cette dernière espèce que le lien de préposition n'existe plus étant donné l'intervention et la surveillance de l'employé dans les travaux ; nous avons donné des cas analogues à propos de la fixation du critérium de la jurisprudence française (2). Seulement dans le droit anglais, on procède autrement parce qu'on n'aime pas synthétiser, ce qui n'empêche pas qu'on arrive par des procédés différents à la même solution qu'en droit français.

Cette distinction entre l'*indépendant contractor* et le *servant* étant acquise, nous pourrions revenir sur la dépendance qui crée le lien de préposition entre le maître et le préposé. Conformément à la jurisprudence française, on adopte, en droit

(1) (1899), 2 Q. B. 392.

(2) V. *Suprà*, p. 93 et suiv.

anglais, le critérium de dépendance physique, celle qui se manifeste par les ordres et la surveillance.

Nous avons remarqué (1) que d'après la jurisprudence française, le lien de préposition existe bien que la surveillance ne soit pas exercée en fait, bien qu'elle soit d'après les circonstances de la cause impossible à exercer et qu'il suffise pour l'existence de ce lien que le droit de direction et de surveillance appartienne au commettant même s'il ne l'exerce pas, même s'il ne peut pas l'exercer. Or, c'est cette même façon de voir qui est admise en droit anglais. Pollock nous donne, à ce propos, une comparaison très intéressante. D'après lui, le droit d'exercer la direction et le contrôle est pour l'exercice effectif de cette direction, ce qui, en matière de possession, *animus possidendi* est pour la détention effective du *corpus* (2).

Les difficultés soulevées par le fait qu'un préposé est parfois prêté par un commettant à un autre ou mis à la disposition de celui-ci, sont résolues à peu près dans le même sens qu'en droit français. Voyons quelques espèces représentatives de ces difficultés.

Deux dames possédant une voiture avaient l'habitude de louer chez le propriétaire d'une écurie le service d'un cocher ainsi qu'un attelage pour leur voiture. Un jour, par suite de la négligence du cocher qui avait laissé la voiture et l'attelage sans surveillance, une personne est blessée. On a considéré le cocher dans l'espèce comme le préposé du propriétaire de l'écurie et non comme celui de deux dames (3).

Dans le même sens, une ville a été jugée non responsable

(1) V. *Suprà*, p. 99.

(2) POLLOCK, *op. cit.*, p. 78, « *The legal power of control is to actual supervision what in the doctrine of possession the intention to possess is to physical detention* ».

(3) QUARMAN, v. *Burnett* (1840), 6 M et W, 499.

du cocher qu'elle louait dans les mêmes conditions pour conduire ses voitures d'arrosage (1).

Mais une différence dans les circonstances peut entraîner une solution opposée. Ainsi, dans l'espèce *Jones v. Scullard* (2), le propriétaire d'une voiture et d'un attelage louait un cocher chez le propriétaire d'une écurie à qui il donnait un salaire hebdomadaire. Le cocher était payé par son patron habituel. Un accident s'étant produit, on a considéré que le propriétaire de la voiture était responsable et pour justifier la divergence de cette solution et celles qui l'ont précédé, on s'est arrêté au fait que le cocher ainsi que le propriétaire de l'écurie n'étaient pas habitués à l'attelage qui appartenait au client.

Dans l'espèce *Hall v. Lees* (3) il a été jugé, d'autre part, qu'une association d'infirmières n'est pas responsable de la négligence d'une infirmière employée chez un malade, parce que, dans ces circonstances, elle n'était plus la préposée de l'association.

En effet, si la question d'attribution de la qualité de préposé est relativement facile, au contraire l'attribution de celle de commettant, quand on est en face de deux commettants à la fois dont l'un est habituel et l'autre occasionnel, est fort délicate. Elle l'est parce que, les circonstances de fait peuvent être obscures et ne permettre que difficilement de dégager la situation. Pourtant le critérium de dépendance reste toujours le seul appui au point de vue du droit. C'est ce qui est admis en droit anglais et ce qui se dégage des paroles de Lord Justice Bowen dans *Donovan v. Laing construction syndicate* (4) : « Nous devons seulement rechercher dans l'emploi

(1) *JONES, v. The Liverpool corporation* (1885), 14 Q. B. D., 890.

(2) 1898, 2 Q. D. S., 565.

(3) (1904), 2 K. B., 602.

(4) (1893), 1 Q. B., 629, « *We have only to consider in whose employment the man was at the time when the acts complained of*

de qui était le préposé au moment de la perpétration de l'acte, et on entend par cela celui qui a le droit, dans le moment, de contrôler les actes du préposé. »

Tout récemment, la règle générale a été bien dégagée par le *Private Council* dans *Bull v. West African Shipping Co* (1). « D'une façon générale, le préposé prêté est toujours le préposé de son maître habituel, mais pratiquement en ce qui concerne la responsabilité, quand il effectue un travail pour, et sous le contrôle du second maître, il est aux yeux de la loi, le préposé de ce second maître, lequel devient, aux yeux de la loi, son commettant (2). »

Deux *statute Law*, le *London Hackney Carriages Act* 1843 et le *Town Police Clauses Act* 1847 ont été, au fond, une application de cette règle. Ces deux lois envisagent le cas de responsabilité à raison des fautes du cocher mis par le propriétaire d'une voiture à la disposition du public. Elles énoncent la responsabilité du propriétaire, à l'exclusion de celle des clients. Mais il a été jugé que si le client intervient dans la conduite de la voiture, il est responsable des accidents, parce qu'il devient « *dominus pro tempore* » (3).

were done, in this sense, that by the employer is meant the person who has right at the moment to control the doing of the act ».

(1) (1927), A. C., 691. « *In a sense, that is to say in a general sense, the servant lent is the servant of the master who lends him, but upon the practical point of responsibility when he is doing the work of and under the orders or control of the other employer to whom he is sent, he is, in the eyes of the law, the servant of the latter, and latter is, in the eyes of the law his employer ».*

(2) V. en application de cette règle, *ROURKE, v. WHITE MORS COLLIERY Co* (1877), 2 C. P. D., 205; *MURRAY, v. CURRIC* (1870), L. R., 6 C. P., p. 24.

(3) « *The fare is, of course, not liable for the driver's torts unless he interferes in the driving and makes himself dominus pro tempore ».* *Mc LAGLIN, v. PRYOR* (1842), 2 M. et G., *STEPHENS, op. cit.*, p. 366.

Dans les hypothèses où il y aura une échelle de préposés, le préposé supérieur ne sera pas responsable des fautes de ses subordonnés. Le maître garde toujours le droit d'avoir l'autorité suprême (1). C'est la question connue en droit français sous la terminologie suivante : responsabilité des faits des sous-préposés. Cette responsabilité, admise parfois par la jurisprudence française sans limite aucune, est soumise en droit anglais à la condition de l'autorisation du maître. Cette autorisation de déléguer un sous-préposé est évidente dans le cas où le maître nomme lui-même les subordonnés de ses préposés. Mais le préposé en règle générale, à moins d'une autorisation expresse, ou d'un cas de nécessité grave ne peut déléguer sa charge à une personne étrangère ou à un camarade même dépendant du même maître mais occupant des fonctions différentes, et engager par cela la responsabilité du maître en cas de faute du délégué (2), « *Delegatus non potest delegare.* »

Mais si on peut imputer au préposé la faute d'avoir délégué une autre personne, soit que la faute consiste d'après les circonstances dans le fait d'avoir mal choisi le délégué, soit même d'avoir eu recours tout simplement à une délégation, le maître n'en est pas moins responsable et sa responsabilité ne sera plus à raison de la faute du délégué, mais de celle de son propre préposé (3).

(1) WEIR, v. BARNETT (1877), L. R., 3 Ex., p. 32; WEIR, v. BELL (1878), 3 Ex., D. 238; SALMOND, *op. cit.*, p. 100, « *The superior servant is not responsible for the torts of his subordinates* ».

(2) GWILLIAM, v. TWIST (1895), 1 Q. B., 537; STÉPHENS, *op. cit.*, p. 366, « *The servant has no power (apart from express authority or grave emergency) to delegate his duties to a stranger or to a fellow servant employed in a different kind of work. The master is not liable* ». — V. aussi, BEARD, v. L. G. O. C., 1900, 2 Q. B., 530.

(3) RICKETTS, v. TIKLING, 1915, 1. K. B., 644.

On admet, d'autre part, que le lien de préposition peut exister entre deux personnes dont l'une est chargée d'accomplir pour l'autre une seule opération. On admet en plus que la gratuité du travail accompli n'exclut pas le lien de préposition et qu'ainsi ce lien peut exister entre le père et son enfant, pourvu que celui-ci soit *en fait* le préposé de son père (1).

Il semble même que le rapport de complaisance n'exclue pas le lien de préposition en droit anglais. C'est ce qui a été jugé à plusieurs reprises à propos de l'accident causé par l'ami du propriétaire d'une voiture à qui ce dernier demande de la conduire. On a considéré que le lien de préposition existait momentanément entre les deux amis et par la suite que le propriétaire de la voiture était responsable (2).

Reste une question : celle du rapport entre le mandat et la préposition. Stephens dans une édition très récente de son *Commentaries on English Law* (1927) nous trace les règles du mandat « *principle and agent* », d'une façon qui peut très bien servir de commentaire exact aux articles 1998 et suivants du Code français. A propos de la responsabilité à raison des délits du mandataire pendant les conclusions du contrat, il nous dit que cette responsabilité, dans l'absence d'une autorisation expresse ou d'une ratification, n'est pas aussi large que celle du commettant à raison des délits civils de son préposé, lesquels engagent la responsabilité du commettant s'ils sont commis dans l'exercice de la fonction. Il est évident qu'une différence importante existe entre les deux sortes de respon-

(1) SALMOND, *op. cit.*, p. 98.

(2) WHEATLEY, v. PATRICK (1837), 2 M. et W., 650; SAMSON, v. AITCHISSON (1912), A. C., 844; PRATA, v. PATRICK, 1924, 1 K. B., 488; SALMOND, *op. cit.*, p. 98; STÉPHENS, *op. cit.* p. 332. V. sur cette question en droit français. *Suprà*, p. 103.

sabilités (1). Et il estime plus facile de représenter cette différence par un exemple que de le limiter par des définitions. D'après cet exemple si j'envoie mon préposé pour livrer un sac de charbon à un de mes clients, et si ce préposé en conduisant la voiture qu'il utilise pour ce but vous blesse au cours de la route, j'en suis responsable. Mais si je donne à un courtier le mandat de s'aboucher avec le propriétaire d'une maison et de la lui acheter en mon nom, et si pendant qu'il conduisait sa voiture pour aller voir le propriétaire, le courtier vous blesse, je n'en suis pas responsable.

« Le terrain de distinction se trouve, nous dit Stephens (2), dans la part de contrôle que le mandant d'une part et le maître d'autre part, sont présumés exercer sur leurs mandataires et préposés respectivement. Je peux, ou au moins je dois contrôler jusqu'à une certaine limite la manière d'après laquelle mon cocher conduit la voiture et je ne dois me servir que de cochers prudents. Mais en donnant le mandat au courtier je ne peux lui demander que de me procurer un résultat et généralement je laisse à sa discrétion la manière et le détail de ses négociations. »

Il n'y a qu'un délit dont Stephens fasse porter la responsabilité sur le mandant : c'est le dol du mandataire. Nous n'insistons pas, nous avons seulement voulu montrer que, à en croire Stephens, le lien de préposition n'existe pas généralement entre le mandant et le mandataire, étant donné que

(1) *The principal's liability for the torts of his agent, in the absence of express authority or ratification, is not so wide as that of the master for his servant's torts which if committed within the scope of the employment render the master liable. That an important difference exists is clear, and it is easier to illustrate than to define it* », p. 330.

(2) *If a ground for this distinction be sought it will probably be found in the degree of control which the principal and the master respectively are presumed to exercise.*

le second jouit d'une initiative qui ne serait pas compatible avec une dépendance physique à l'égard du mandant (1).

SECTION II. — *La notion de fonction*

(The course of Employment).

La question de fonction en ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui « *vicarious liability* » est une question fort délicate. Il devient assez difficile en droit anglais de concilier quelques espèces qui portent à peu près sur les mêmes faits. Le côté délicat de cette question provient de ce qu'elle est en partie une question de droit laissée à l'appréciation des juges, et en partie une question de fait soumise à l'appréciation du jury (2).

Mais cependant on peut tirer de la jurisprudence anglaise des lignes de démarcations très nettes, et qui, utilisées par le bon sens anglais, peuvent bien servir à l'interprétation de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil français, en ce qui concerne la notion de fonction. Nous avons vu (3) comment la jurisprudence française en compliquant l'article 1384 par des éléments étrangers arrive à donner à la notion de fonction une interprétation extensive qui ne peut que prêter aux critiques. Nous croyons qu'une analyse de la jurisprudence anglaise ne sera pas inutile.

(1) Ce témoignage est équivalent à la conclusion que nous avons donnée à propos du rapport du mandat avec le lien de préposition. V. *Suprà*, pp. 130 et suiv.

(2) STÉPHENS, p. 564, « *The question of the scope of a servant's employment is partly a question of law for the judge and partly a question of fact for the jury* ».

(3) V. *Suprà*, pp. 151 et suiv.

On admet, en premier lieu, que le fait que l'acte du préposé n'a pas été autorisé par le commettant, n'empêche pas la responsabilité de celui-ci s'il rentre dans les fonctions de ce préposé (1).

En admettant même que l'acte du préposé eût été prohibé expressément par le commettant, la situation ne changerait pas. Ainsi dans *Limpus v. London General Omnibus Co* (2) : le conducteur d'un omnibus jouant à la course avec un omnibus appartenant à une autre compagnie renversa le conducteur de ce dernier. La compagnie, dont dépendait le conducteur fautif, avait donné à ses conducteurs des instructions formelles aux termes desquelles ceux-ci ne devaient en aucune façon faire des courses avec les conducteurs des autres omnibus, leur créer des difficultés ou gêner leur service. La Cour a décidé que cette instruction de la part de la compagnie était sans effet et ne dégageait pas la responsabilité de celle-ci ; sinon, dit la Cour, « On pourrait dire que si le commettant, en engageant son préposé, lui déclare qu'il ne doit pas agir à l'encontre de la loi, il arriverait ainsi à se dégager de toute responsabilité à raison des actes de ce préposé bien qu'ils soient bien dans l'exercice de ses fonctions (3). »

Mais que faut-il entendre par actes commis « *in the course of employment* » ? La Cour de l'*Exchequer* Chambre dans *Barwick v. English Joint Stock Bank* (4) nous donne une précision intéressante sur ce point. « Dans toutes ces espèces,

(1) *GOH CHOAN SENG, v. LEE KIM SOO* (1925), A. C., 551.

(2) (1882), 1 H. et C., 526.

(3) « *As well might it be said that if a master employing a servant told him that he should never break the law, he might thus absolve himself from all liability for any act of the servant, though in the course of his employment.*

(4) (1867), L. R., 2 Ex., 259 et 266.

nous dit la Cour, on peut dire que le maître n'a pas autorisé l'acte. Il est vrai qu'il n'a pas autorisé particulièrement l'acte commis, mais il s'est substitué son préposé *pour effectuer cette catégorie d'acte*, et il doit répondre de la manière d'après laquelle le préposé s'est conduit dans l'affaire, à laquelle le maître l'a commis (1). »

Mais à l'inverse si l'acte dommageable du préposé qui n'a pas été, par hypothèse, autorisé en lui-même, n'a pas de rapport avec les actes qu'il est autorisé à faire, de telle façon qu'on ne peut pas même dire que c'est une manière (peu importe qu'elle soit abusive et dommageable) d'accomplir les actes autorisés, alors l'acte du préposé serait un acte indépendant dont le maître ne répond pas. Le préposé est, dans ce cas, hors de sa fonction. On ne pourra plus soutenir qu'il accomplit, bien que d'une manière fautive et non autorisée, ce qu'il avait l'autorisation de faire d'après sa fonction. Il fait au contraire ce qu'il n'était guère autorisé à faire (2).

(1) « *In all these cases it may be said that the master has not authorised the act. It is true he has not authorised the particular act, but he has put the agent in his place to do that class of acts, and he must be answerable for the manner in which the agent has conducted himself in doing the business which it was the act of the master to place him in* ».

(2) SALMOND, *op. cit.*, p. 102. « *If the authorised and wrongful act of the servant is not so connected with the authorised act as to be a mode of doing it, but is an independent act the master is not responsible : the servant has gone outside the employment. He can no longer be said to be doing, although in a wrong and unauthorised way, what he was authorised to do; he is doing what he was not authorised to do at all* » ;

CLERCK et LINDSELL, *Law of torts*, p. 11, « *The Tort must be incidental to the doing of something really authorised* » ;

POLLOCK, *op. cit.*, p. 84, « *To establish a right of action against the master in such a case it must be shown that, a) the servant intended to do on behalf of his master something of a kind which he was in fact authorised to do; b) the act if done in a proper manner or under*

Ainsi dans *Beard v. London General Omnibus Co* (1), la compagnie d'omnibus a été déclarée non responsable de l'accident causé par un receveur qui, en l'absence du conducteur à la fin du trajet, s'était chargé de conduire l'omnibus pour le placer dans la nouvelle direction. Comme le dit Salmond (2), « conduire un omnibus n'est pas une manière, fautive ou non fautive, d'accomplir sa fonction de receveur. L'accident s'est effectué, non parce que le receveur a failli à son devoir et à sa fonction, mais parce qu'il voulait s'assigner, sans autorisation, les fonctions du conducteur. »

Dans le même sens, dans *New Southern Wales v. Osweston* (3), le *Private Council* a jugé que l'arrestation et la poursuite d'un agresseur ne pouvait pas être considérées comme l'exercice, même abusif, de la fonction de directeur d'une banque.

Cette dernière espèce doit retenir un instant notre attention parce qu'on peut relever d'autres espèces dans lesquelles la responsabilité du maître était engagée, et qui portaient sur des circonstances analogues. Ainsi l'*Exchange Chamber* a jugé dans *Bayley v. Manchester Railway Company* (4) que le surveillant d'un train qui pousse violemment hors de la voiture un voyageur qu'il croit s'être trompé de train et ainsi lui cause des blessures, agissait bien dans ses fonctions.

On peut citer aussi *Goff v. Great Northern Railway* (5) : un receveur avait poussé violemment hors du tram un voya-

the circumstances erroneously supposed by the servant to exist, would have been lawful ».

(1) (1900), 2 Q. B., 530.

(2) *Op. cit.*, 103.

(3) (1879, 4 A. C., 270. — Voir aussi, ABRAHAM, v. DEAKEN (1891), 1. Q. B., 516.

(4) (1873), L. R., 8 C., p. 148.

(5) 1861), 3 E. et E., 672.

geur qu'il croyait avoir dépassé les limites permises par son billet. Dans *Seymoor v. Greenwood* (1) un receveur d'omnibus s'était permis le même geste contre un voyageur inoffensif qu'il croyait ivre. On peut citer aussi dans le même sens le cas du contrôleur du train qui avait arrêté un voyageur qui avait oublié chez lui son billet de retour.

Dans toutes ces espèces les commettants ont été rendus responsables parce que lesdits préposés n'agissaient pas hors leurs fonctions. Les auteurs anglais pour concilier ces espèces avec celles de *New Southern Walles v. Owsten*, énoncent ce principe que si le préposé emploie à tort ou maladroitement le pouvoir discrétionnaire qui lui a été attribué par le maître, il n'en est pas moins vrai qu'il agit dans ses fonctions (2).

Si on revient aux limites que nous avons jugé convenable de fixer à l'exercice de la fonction telle qu'elle est comprise dans un sens large par la jurisprudence française, nous devons avouer qu'on ne pourra pas trouver une meilleure représentation que celle que nous donne la jurisprudence anglaise. Le fait d'expulser un voyageur en état d'ivresse ou d'en arrêter un autre qui voyage clandestinement sont des cas de nécessité qui sont laissés, comme le disent Clerk and Lindsell (*loc. cit.*), par une autorisation tacite, à la discrétion des employés. Ceux-ci peuvent bien se tromper en exerçant cette autorité en vertu de laquelle ils agissent souvent d'une manière parfaitement correcte, mais cela ne constitue qu'un abus de l'exercice de fonction et non pas un excès.

Par application de ces principes, on considère que le préposé qui commet des délits en croyant défendre la propriété de son maître agit cependant dans l'exercice de ses fonctions.

(1) (1861), 7 H. et N., 355.

(2) V. STEPHENS, *op. cit.*, p. 571; SALMOND, *op. cit.*, p. 103; POLLOCK, *op. cit.*, p. 86; CARTER à LINDSELL, p. 52.

L'espèce suivante (1) représente bien l'application de cette manière de voir : deux voitures chargées de sucre, dont l'une était conduite par le patron et l'autre par son domestique se suivaient dans les rues de Liverpool. Le domestique qui conduisait la seconde voiture remarquait un enfant qui suivait la première voiture sa main posée sur un sac de sucre. Croyant à tort que le gamin voulait dérober du sucre, il lui administra un coup de bâton qui le fit tomber. Les roues de la voiture passèrent sur les pieds de l'enfant qui dut subir une double amputation. Le maître fut rendu responsable de la faute de son domestique, et il est dit dans l'arrêt : « En règle générale le préposé a l'autorité tacite, en cas de nécessité, de protéger la propriété de son maître lorsqu'il la croit en danger, ou qu'il a des raisons de la croire telle ; et une autorité tacite vaut bien une autorité expresse (2). »

La responsabilité du maître s'étend aux dols du préposé comme à ses fautes, tant que l'acte commis est l'exercice de sa fonction (3).

Mais une question peut encore se poser. Faut-il qu'en commettant l'acte fautif, le préposé agisse pour le compte et les profits de son maître, autrement dit agira-t-il en dehors de ses fonctions quand il effectue l'acte pour son propre compte ne cherchant un profit que pour lui-même et non pour son maître ? Il a été soutenu pendant longtemps que les dols et les délits commis par le préposé pour son compte n'engageaient pas la responsabilité du maître (4). Mais il a été décidé assez

(1) POLAND, v. PARR (1927), 1 K. B., 236.

(2) « *As a general rule a servant has an implied authority upon an emergency to endeavour to protect his master's property if he sees it in danger, or has reasonable grounds for thinking that he sees it in danger; and an implied authority is as good as a express authority* ».

(3) SALMOND, *op. cit.*, 105.

(4) Mc MANUS, v. CRIKETT (1800), 1. East, 106; RAYNER, v. MIT-

récemment par le *House of Lords* dans *Lloyd v. Grace Smith and Co* (1) que ce n'est pas une règle générale et que tant que le préposé agit dans les limites de ses fonctions, le maître est responsable de ses délits qu'ils aient eu pour but de profiter au maître ou au préposé lui-même.

Une application très intéressante nous est donnée par Salmond (2). Si un maître est chargé de la garde d'un objet et que cet objet soit dérobé par son domestique, il faut distinguer entre deux hypothèses. *Si le domestique voleur était chargé par son maître de garder ou de surveiller cet objet*, son acte de vol ne le fait pas sortir de ses fonctions; dans le cas contraire le maître ne sera pas responsable parce que le vol commis par le préposé est en dehors de ses fonctions (3).

Cette question peut se présenter autrement; le préposé peut agir en même temps et pour son compte et pour le compte du maître. Dans cette hypothèse il y a des cas qui ne soulèvent pas de difficultés. Un cocher en conduisant la voiture de son maître allume sa pipe et cause un accident à cause de cette distraction, ou allume un cigare pendant qu'il remplissait pour son maître des barriques de pétrole et ainsi cause un incendie (4). En fait le but personnel qu'il poursuit s'efface devant l'emploi qu'il effectue pour le compte de son maître, de sorte qu'on ne peut considérer son geste que comme une simple négligence dans l'exécution de ses fonctions.

CHELL (1877), L. R., 2 C. P. D., 337; RUBEN, v. GREAT FINGALL, Consolidated (1906), A. C., 439.

(1) (1912), A. C., 716.

(2) *Op. cit.*, p. 106.

(3) Salmond remarque que la responsabilité du maître est contractuelle et il donne cet exemple, abstraction faite de l'effet exprès ou tacite des termes du contrat par lequel le maître était chargé de garder l'objet. Cf. *Suprà*, p. 178.

(4) JACKFFERSON, v. *Derbyshire Farmers Ltds* (1921), 2 K. B., 281

Mais voici une hypothèse plus délicate : un préposé cocher rentrait avec des bouteilles vides qu'il devait poser dans le magasin de son maître. Il était accompagné d'un autre préposé du même maître qui lui demanda de changer de route pour le déposer quelque part. Arrive un accident au cours du trajet incident. Il a été décidé que le préposé était hors de ses fonctions et la Cour nous donne cette comparaison qui fera mieux saisir les nuances d'exercice de fonction. « Si le cocher s'était amusé sans aucune raison à faire des détours et à ne pas suivre le droit chemin pour rentrer, le maître aurait été responsable (1). »

Cette nouvelle hypothèse avait été présentée avec, il est vrai, des circonstances différentes dans l'espèce *Whartman v. Pearson* (2) : Un maître donnait à son charretier une permission d'une heure pour prendre son repas pendant sa journée de travail mais lui défendait de quitter le chantier ou d'abandonner la voiture et l'attelage. Un jour le charretier, qui demeurait non loin du chantier, en profita pour aller dîner chez lui et laissa la voiture et les chevaux à leur place. Un des chevaux causa un accident matériel à un tiers. Il a été jugé que le préposé en ce faisant était dans les limites de ses fonctions. En fait l'abandon du charretier n'était qu'une négligence de sa part d'exercer sa fonction, ce qui n'exclut pas qu'il est dans les limites ; et la défense du maître, est d'autre part inopérante.

Ceci posé, notons que la jurisprudence anglaise n'attache aucune importance au fait que le préposé en commettant le délit était dans le temps et le lieu de sa fonction (formule dont s'est servie la jurisprudence française pour donner une interprétation extensive à la notion de fonction) ; elle ne tient

(1) *STOREY, v. ASHTON* (1869), 38 L. J. Q. B., 223.

(2) (1868), L. R., 3 C., p. 422.

compte que de l'exercice même de la fonction d'après les principes que nous venons de poser (1).

De même le fait que le préposé en commettant son délit s'est servi des objets qui appartiennent au maître n'est pas suffisant à lui seul pour engager la responsabilité de celui-ci, tant que le fait du préposé est hors sa fonction. L'espèce *Rayner v. Mitchell* (2) nous représente bien le cas envisagé : Un préposé était engagé pour conduire une voiture ; en rentrant à l'établissement de son maître, il devait, d'après sa fonction, déposer la voiture dans l'écurie. Mais au lieu de ce faire, il s'en alla avec la voiture pour effectuer des courses personnelles au cours desquelles arriva un accident. Il a été jugé qu'il avait agi hors de ses fonctions et que le fait qu'au moment de l'accident il avait sous sa garde la voiture du maître laquelle était l'instrument du délit, était sans effet (3).

Nous voyons par là comment la jurisprudence anglaise est plus restrictive en ce qui concerne la notion de fonction, et comment par les nuances qu'on souligne entre les espèces, on arrive à tracer une ligne de démarcation très nette, entre les faits accomplis dans les limites des fonctions et ceux qui sont hors de ces limites. La seule difficulté qui se présente a pour cause l'élément de fait qui vient s'ajouter à l'élément de droit dans l'examen qu'on fait de chaque délit pour savoir s'il rentre ou non dans les limites des fonctions.

Malheureusement, cet élément de fait n'est pas le seul pour lequel la jurisprudence française nous donne des solutions parfois discordantes et souvent exagérées. Nous n'allons pas répéter ici les remarques que nous nous sommes permis de

(1) WILLIAMS, v. JONES (1865), 3 H. et C., 602

(2) (1877), 2 C. P., 317.

(3) V. en même sens, LANDERSON v. COLLINS (1904), 1 K. B., 628.

faire au sujet de la jurisprudence. Nous renvoyons au chapitre de la notion de fonction (1).

SECTION III. — *Exceptions relevant du « Common Law »
et limites de ces exceptions* (2).

A la responsabilité du commettant envers une personne à raison des faits de ses préposés, le *Common Law* apporte une exception qui est absolument étrangère aux législations latines. Le maître ne répond pas du fait de son préposé qui cause, par sa faute, un dommage à un autre préposé du même maître et qui s'engage dans un travail commun avec le préposé fautif.

Cette règle est considérée comme une application de la maxime « *Volont non fit injuria* ». On admet que si le préposé accepte *expressément* le risque du travail qu'il effectue pour le maître (3), il ne peut plus lui demander de répondre des fautes des autres préposés que celui-ci engage dans le même travail.

Mais on va plus loin, et en vertu de ce qu'on appelle la théorie du *common employment* qu'on tient comme une espèce de la règle précédente, on considère que le préposé, en acceptant les charges de ses fonctions, est présumé accepter volontairement les risques des fautes et des maladresses de ses compagnons de travail, et que par la suite, il s'interdit de former un recours contre son maître pour lui demander la

(1) V. *Suprà*, p. 150.

(2) STEPHENS, *op. cit.*, p. 539; SALMOND, *op. cit.*, p. 110; POLLOCK, *op. cit.*, p. 92; CLARK et LINDSELL, *op. cit.*, p. 57; JENKS, *Digeste du droit civil anglais*, t. I, p. 308, art. 914.

(3) V. cependant, *Workmen's compensation Act*, 1925.

réparation des dommages qu'il subit par suite des fautes de ses compagnons (1).

Ainsi, si par la négligence du conducteur d'un omnibus, un voyageur et le receveur sont blessés, ce dernier serait débouté, d'après l'exception du *Common Law* de son action contre le patron, mais non pas le voyageur.

Pour justifier cette situation, Sir Frederick Pollock nous dit que le préposé ne pourra pas dire à son maître : « Vous allez vous conduire dans votre entreprise de telle façon que vous ne me causiez pas de dommage par un manque de la prudence ou de la précaution que vous devez mettre dans cette entreprise. » S'il ne peut pas tenir ce langage, c'est qu'il s'est engagé à travailler dans cette même affaire dans laquelle il vient de subir un dommage, et que toutes les réclamations qu'il peut adresser au maître sont limitées par le contrat de louage de service qu'il a conclu avec lui (2).

Mais pour la recevabilité de cette exception, il faut deux conditions : 1° qu'il y ait un maître commun aux deux préposés (fauteur et victime); 2° et qu'il y ait un travail commun pour les deux préposés.

1° On dit qu'il y a un travail commun quand les emplois de deux préposés ont cette relation entre eux que le risque d'un accident résultant de la façon d'agir d'un des deux préposés est un accident naturel pour l'autre, tant et si bien qu'on puisse dire que ce risque devait être, ou est présumé devoir

(1) Le point de départ de cette théorie est l'espèce *PRIESTLY*, v. *FOWLER* (1837), 3 M. et W. IV. STEPHENS, p. 539.

(2) POLLOCK, p. 93. « *The servant cannot say to the master : you shall so conduct your business as not to injure me by want of due care and caution therein. For he had agreed with the master to serve in that business, and his claims on the master depend on the contract of service* ».

être, dans l'esprit et la perspective de l'autre préposé quand il s'est engagé dans cet emploi.

Par conséquent, le *common employment* peut exister même lorsque les deux préposés accomplissent deux genres de travail absolument différents, mais s'ils travaillent ensemble en même temps et dans le même lieu. L'exemple que nous donne Salmond éclaircit ce point (1). Si un commis est chargé de tenir des livres dans une usine de dynamite, son maître n'est pas responsable de la blessure que peut subir ce commis à raison d'une explosion provenant de la faute d'un ouvrier, préposé du même patron.

A l'inverse, il peut exister *common employment* même si les emplois de deux préposés sont exercés dans des temps et des lieux différents, à la condition qu'ils aient entre eux cette relation que la sécurité d'un des préposés est livrée à la prudence et à l'adresse de l'autre (2). Ainsi le mécanicien d'un train est dans un *common employment* avec l'aiguilleur ainsi qu'avec l'ingénieur qui a comme tâche d'examiner la machine et les matériaux, pour voir s'ils sont au point. La faute de l'un de ces préposés vis-à-vis de l'autre n'engage pas la responsabilité de leur maître commun.

On voit par là que *common employment* ne veut pas dire que les deux préposés remplissent forcément la même tâche. Ainsi on considère que l'actrice et le mécanicien du théâtre où elle joue sont dans un *common employment*, et que la faute de ce dernier n'engage pas la responsabilité de leur maître commun (3).

Mais, à l'inverse, la responsabilité du maître de deux

(1) SALMOND, p. 113.

(2) « The safety of the one servant is committed to the care and skill of the other ». SALMOND, p. 114.

(3) STEPHENS, *op. cit.*, p. 539.

bateaux a été engagée à cause de l'accident causé par la faute du capitaine du premier bateau dont souffrait un marin du second bateau. On a estimé qu'il n'y avait pas *common employment* (1).

2° En application de la condition de communauté du maître on peut citer l'affaire *Johnson v. Lindsay* (2). Deux entrepreneurs, A... et C° et B. et C° ont été engagés comme *indépendant contractors* pour effectuer des travaux différents dans un même établissement. Un ouvrier de A... et C° a été blessé par la faute d'un ouvrier de B... et C°. Il n'y avait pas *common master* et ainsi l'exception du *common employment* a été écartée.

Mais l'exception peut être invoquée contre un volontaire qui, désintéressé du travail, vient donner un coup de main pour aider les ouvriers. « Il n'est pas raisonnable, nous dit Stephens, que cette personne soit placée dans une situation meilleure que celle des ouvriers, quant à l'engagement de la responsabilité du maître (3). » C'est ce qui a été jugé dans *Deggy v. M. R.* (4) : un spectateur offrait d'aider les ouvriers d'une compagnie de chemins de fer qui étaient en train de faire tourner une voiture. Par l'imprudence d'un des ouvriers, le spectateur fut renversé et tué par une locomotive. La compagnie a été mise hors de cause et l'exception de *common employment* a été jugée recevable.

Mais cette solution qu'on justifie par cette raison que l'acte du collaborateur volontaire est en quelque sorte un empiètement, n'est pas la même quand l'aide de la personne étrangère

(1) STEPHENS, *op cit.*, p. 540.

(2) (1891), A. C., 371.

(3) *Op. cit.*, p. 540. « It would be unreasonable that he should be placed in a better position against the master than one of his servants ».

(4) (1837), 1 H. et N., 773.

a été demandée par les ouvriers. Dans ce cas l'exception du *common employment* n'est pas recevable (1).

Notons enfin, que le *common employment* doit exister au moment de l'accident, pour que l'exception soit recevable. Ainsi le receveur d'autobus qui est en vacances et qui est blessé dans la rue par la faute du conducteur de l'autobus dont il est receveur, ne se verra pas opposer l'exception par le propriétaire de l'autobus, son commettant (2).

D'autre part le préposé victime peut réduire à nul effet l'exception en prouvant la faute personnelle et effective de son maître par exemple celle effectivement commise dans le choix du préposé fauteur (3).

Mais cette exception de *common employment* est surtout réduite par une loi qui était avant 1922 une loi temporaire et qui depuis est devenue définitive: *The Employers Liability Act 1880*.

Cette loi marque une étape dans l'émancipation de la théorie de *common employment* (4). Son but a été de détruire l'effet de l'exception de *common employment* dans des cas déterminés, dans lesquels le préposé aura contre son maître le même droit de recours que celui qu'il aura contre un étranger (5).

Parmi les cas qu'envisage cette loi et dans lesquels l'exception du *common employment* n'est pas recevable, on peut citer

(1) *WRIGH, v. L. E. N. W. Ry. Co* (1876), 1 Q. B. D., 252 et en même sens, dans des circonstances différentes, *HAYWARD, v. Drury Lane théâtre Ltd.* (1917), 2 K. B.

(2) *TUNNEY, v. MIDLAND RLY Co* (1866), L. R., 1 C. P., p. 291.

(3) *TARRANT, v. W. WEBB* (1856), 186 B., 797; *BUTTLER, v. FIFE COAL Co* (1912), A. C., 149.

(4) *STEPHENS, op. cit.*, p. 541.

(5) Il y a pourtant des limites quant à la compétence judiciaire et au montant du dommage. *V. STÉPHENS, op. cit.*, p. 541.

le cas où le préposé fautif exerce une autorité d'après sa fonction sur le préposé victime. Nous n'insistons pas sur les dispositions de cette loi. Nous nous contenterons de constater qu'elle restreint assez considérablement l'exception de *common employment* qui est, en effet, encore plus paralysée par les lois d'assurances *Workmen's compensation act* dont la dernière date de 1925 et qui sont équivalentes à la loi française du 9 avril 1898.

On voit par là que le droit anglais concorde admirablement avec les législations latines en matière de responsabilité délictuelle des maîtres et commettants. Sauf pourtant en matière de fonction la différence entre les solutions de la jurisprudence française et la jurisprudence anglaise, et en tenant compte de l'exception du *Common Law* (1) qui est réduite presque à rien par le *Statute Law*, on pourra rapprocher le droit anglais des législations latines en cette matière des responsabilités (2).

(1) Cette exception du « Common employment », inconnue en France, a été cependant admise par des anciens arrêts. V. Lyon, 1836, D. 1837.2. 161; Toulouse, 1839, sous Cassation, 1891, D. 1891.1.271, qui a été cassé par la Cour suprême. Remarquons que cette exception, même admise aurait un champ excessivement restreint depuis la promulgation de la loi du 9 avril 1898.

(2) V. l'art. 80 de l'Avant-Projet Franco-Italien qui reproduit l'article 1384 du Code civil français.

CHAPITRE II

Le droit civil allemand et le droit fédéral suisse des obligations

Article 831 du Code civil allemand : « Celui qui prépose un autre à une opération est obligé à réparation du dommage que l'autre, par un fait contraire au droit, a causé à un tiers dans l'exécution de l'opération. Ce devoir de réparation n'existe plus, si le maître de l'affaire, soit au point de vue de choix de la personne préposée, soit dans la mesure où il doit fournir des appareils ou des ustensiles ou diriger l'exécution de l'opération, au point de vue de ce qu'il avait à fournir ou de la direction qui lui incombait, a apporté le soin exigé dans les rapports d'usage, ou si le dommage, même à supposer que pareil soin eût été apporté, aurait dû encore se produire.

« La même responsabilité incombe à celui qui se charge par contrat, de pourvoir pour le maître à l'une des affaires mentionnées à l'alinéa 1^{er}, p. 2. »

Article 55 Code fédéral des obligations : « L'employeur est responsable du dommage causé par ses commis, employés de bureau et ouvriers dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.

« L'employeur a son recours contre la personne qui a causé le préjudice, en tant qu'elle est responsable du dommage. »

Les discussions qui ont précédé la rédaction finale de l'article 831 du Code civil allemand, la modification radicale que

cet article a apporté à l'article 711 du premier projet du Code allemand, les lois qui ont précédé la rédaction de cet article, qui sont toujours en vigueur et qui lui apportent des dérogations significatives, sont très édifiantes en matière de responsabilité pour autrui, et nous nous en servons pour tirer une conclusion d'ordre général, non pas quant au droit positif français, mais quant aux bases de réglementation sur lesquelles doit reposer la responsabilité à raison des faits d'autrui ; le tout sous la lumière du but qu'on cherche à atteindre.

L'article 710 du premier projet du Code allemand a posé une règle d'ordre général d'après laquelle devait répondre de ses subordonnés quiconque avait, de par la loi, un devoir de surveillance qui lui fut imposé par rapport à une autre personne.

A côté de ces personnes auxquelles ce devoir de surveillance incombe de par la loi, le projet place une autre catégorie à laquelle ce devoir de surveillance incombe de par la convention ; ce sont celles qui ont confié l'accomplissement d'un fait à autrui et qui par conséquent doivent en surveiller l'exécution, art. 715.

Dans les deux cas, il s'agit d'un devoir reconnu par la loi ; « seulement, dans l'un, ce devoir de surveillance s'impose, dans l'autre, il a été volontairement accepté » (1).

La conséquence qui en résulte, c'est que dans le second cas, il pourra y avoir un second élément de culpabilité, en dehors de celui du défaut de surveillance, et ce sera la négligence dans le choix, *culpa in eligendo*. L'article 711 donne une application dans le cas du rapport entre patrons et ouvriers.

Mais dans toutes ces matières le premier projet n'a pas voulu déroger à la règle traditionnelle du droit romain, de la

(1) SALEILLES, *Obligation*, p. 404.

personnalité de la faute. En édictant ces articles, le projet n'a fait que poser les cas où il y a un devoir de surveillance légale, imposé par la loi ou résultant d'une convention. Ce n'est pas une véritable responsabilité à raison des faits d'autrui, c'est toujours la responsabilité délictuelle de sa faute propre. Pour engager la responsabilité des personnes énumérées par ces articles, il faudra prouver leur faute et cette faute, étant donné que le fait qui a causé le dommage a été commis par une autre personne, ne peut se concevoir que dans le manque de surveillance, ou (dans le cas où le devoir de surveillance est volontairement accepté) dans la légèreté de choix.

On n'a pas estimé plausible d'adopter la règle admise par l'article 1384, qui est une règle d'ordre public, « parce qu'on n'a pas cru que ce motif d'intérêt public existât au même degré qu'en France et qu'il y eût nécessité de déroger, comme théorie générale, au principe romain de la faute personnelle » (1).

Pourtant cette raison d'ordre public qui n'a pas été jugée suffisante pour justifier une dérogation aux principes traditionnels en matière de responsabilité pour les faits d'autrui, on en a ressenti le besoin dans certaines hypothèses, notamment dans les cas de grande industrie et d'exploitations dangereuses. C'est surtout en matière de chemins de fer que la nécessité d'une réglementation spéciale s'est fait sentir. Avant l'intervention du législateur, la jurisprudence avait déjà fait le premier pas. En ces matières, elle invoque même, pour faire échec au principe romain, un prétendu principe coutumier allemand, susceptible de justifier le principe de la présomption de faute. On est allé même à considérer que toute

(1) SALEILLES, *op. cit.*, p. 408.

exploitation de chemins de fer au moyen de locomotives impliquait nécessairement, en elle-même, un fait délictuel, et que tout accident entraîne, sans autre preuve, la responsabilité de la compagnie (1).

Le législateur est d'ailleurs intervenu en Prusse par la loi du 3 novembre 1838, qui édicta une réglementation globale de la responsabilité en matière d'exploitation de chemins de fer. Cette loi posait le principe de la responsabilité contractuelle des compagnies, mais elle envisageait en outre la responsabilité délictuelle, c'est-à-dire le cas où la victime est une personne qui n'est pas liée avec la compagnie par un contrat et qui vient de subir un dommage dans sa personne ou dans son bien par le fait des agents de celle-ci. La loi ne permettait pas aux compagnies de se disculper qu'en prouvant la force majeure ou la faute de la victime. Le fait de l'agent n'étant pas une force majeure, la loi entendait imposer aux compagnies la responsabilité, absolue d'ailleurs, des faits de ses agents.

Cette loi est devenue la loi d'empire du 7 juin 1871. Elle a une étendue plus large, mais elle consacre les mêmes principes, une responsabilité contractuelle absolue des faits des agents, ainsi qu'une responsabilité délictuelle quand la victime du fait de l'agent est une personne qui n'a pas été liée par contrat avec la compagnie; il suffira de prouver la faute de l'agent, la responsabilité de la compagnie étant par cela seul engagée, sans qu'elle puisse se disculper en prouvant qu'elle n'a commis aucune faute. Elle vise aussi les accidents dont sont victimes les agents même de la compagnie, disposition qu'a consacrée, dans un autre ordre de réglementation, la loi

(1) WASTERKAMP, *Die Haftpflicht*, dans l'*Handbuch d'Endemann*, III, p. 618; SALEILLES, *op. cit.*, p. 409.

française du 9 avril 1898, et qui est en fait modifiée en Allemagne par la loi de 1884 sur l'assurance obligatoire.

Mais cette loi du 7 juin 1871 est plus large que celle de 1838 puisqu'elle vise, en outre des compagnies de chemins de fer, des entreprises qu'elle désigne nommément et les fabriques en général. Ce dernier mot « fabriques », comme le remarque M. Saleilles, permet la plus large interprétation (1).

En dehors des entreprises de chemins de fer, cette loi ne pose pas le principe général de la responsabilité des faits d'autrui. Elle vise seulement la faute de certains agents déterminés : ceux qui représentent le maître ou qui sont préposés par lui à la surveillance des travaux. La faute commise par d'autres agents n'engage pas par cela seul la responsabilité du maître, le droit commun de la faute personnelle devient applicable (2).

Abstraction faite de ces lois spéciales, qui sont toujours en vigueur, la première commission consacrait la règle traditionnelle qui régnait toujours en Allemagne d'ailleurs, de la personnalité de la faute. Pour engager la responsabilité du maître, il faudra prouver et sa faute et celle de son préposé.

Mais, pendant la rédaction du texte définitif qui devait devenir le Code civil actuellement en vigueur en Allemagne, une discussion s'est élevée en ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle. On était d'accord au début sur le rejet du système traditionnel admis par le pre-

(1) WESTERKAMP, *loc. cit.*, III. § 383; MASSOLA, *l'Assienrazione degli operai nella scienza et nella legislazione germanica*.

(2) On peut citer dans le même ordre d'idées, la loi fédérale Suisse du 1^{er} juillet 1875; elle vise les accidents de personnes par le fait des agents des Compagnies de chemin de fer, et énonce une responsabilité absolue; elle vise l'hypothèse non seulement d'accident survenu au cours de l'exploitation, mais aussi au cours de la construction. SALEILLES, *op. cit.*, p. 412; SCHNEIDER et FICK. *Commentaire du Code fédéral des Obligations*, t. I, p. 152.

mier projet. On a reproduit l'article 1384 en ce qui concerne les surveillants légaux d'autrui, c'est-à-dire qu'on a donné une présomption réfragable contre eux (art. 832). De plus, on a fait sortir du nombre des surveillants légaux les maîtres en ce qui concerne leurs domestiques, pour les soumettre à l'article 831 qui s'applique à ceux qui preposent une personne à un travail déterminé. C'était pour éviter ce danger, qu'aurait pu susciter l'article 710 du premier projet en impliquant les maîtres parmi ceux à qui incombe un devoir légal de surveillance, danger qui aurait amené à cette conséquence de considérer que le maître doit surveiller son domestique non seulement pendant les services qu'il effectue pour lui, mais aussi en dehors de son service, c'est-à-dire de la même façon qu'un père doit surveiller son enfant (1).

Mais cela admis, la discussion fut vive pour savoir quels principes on devait appliquer à ceux qui preposent une personne à un travail déterminé, c'est-à-dire à ceux qu'envisage l'article 1384, alinéa 3, du Code français.

Trois opinions ont été émises ; les uns ont préconisé le système qui devait l'emporter, celui de la présomption réfragable, ce qui donne la même unité de système pour les cas des maîtres et commettants que pour les surveillants légaux d'autrui (pères, mères, instituteurs, etc.). D'autres faisant valoir des raisons tirées de l'ordre industriel et du point de vue social, voulaient imposer à la grande industrie une responsabilité basée sur une présomption irréfragable qui ne permette pas la disculpabilité, en adoptant pour les individus et les petites industries une présomption seulement réfragable. D'autres enfin faisant valoir les mêmes raisons voulaient pu-

(1) V. *Pour la responsabilité contractuelle du fait d'autrui en droit allemand*, *Suprà*, p. 58 et s., p. 80 et s., et *pour les clauses d'exonération en matière contractuelle*, p. 199.

ment et simplement consacrer une application pure et simple de la théorie de risque et ainsi arriver à la solution que nous donne l'article 1384, alinéa 2, français, par la présomption irréfragable (1).

Nous retenons la deuxième doctrine, parce qu'elle nous fournira les éléments d'une conclusion relativement aux bases sur lesquelles doit reposer la responsabilité des préposants. Il serait peut-être permis de dire que c'est cette doctrine qu'a consacrée le Code civil allemand, puisqu'en n'imposant aux préposants qu'une présomption réfragable, il admet par ailleurs des dérogations au principe par la loi du 7 juin 1871 sur les grandes entreprises, à moins qu'on n'entende que cette dérogation au principe commun doit être synthétisée et doit avoir un champ plus vaste et être techniquement mieux réglementée, ce qui donnerait à cette seconde doctrine une autre physionomie.

Nous estimons que cette doctrine présente le plus grand caractère de justice, en même temps qu'elle ne fléchit pas devant les besoins pratiques. La doctrine de l'article 1384, alinéa 2, du Code français, bien qu'elle serve admirablement ces besoins pratiques qui sont sûrement plus criants de nos jours qu'au temps de la rédaction du Code français, donne des solutions qui paraissent parfois excessives et peu nuancées. L'assimilation de la responsabilité du maître à celle du commettant montre la justesse de cette proposition (2).

Les grandes entreprises pourront bien supporter la charge d'une responsabilité absolue parce qu'elles auront le moyen de

(1) V. SALEILLES, *op. cit.*, p. 415 et suiv., et *Projet*, p. 595-604; et pour le Droit Suisse, SCHNEIDER et FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations*, t. I, p. 152.

(2) Elle a été d'ailleurs critiquée par M. Planiol, *Revue Critique*, 1909, p. 298-299.

recourir à l'assurance, sans qu'elles subissent même une brèche dans leur patrimoine, puisque ce risque serait réparti entre eux et le public par le moyen d'une hausse des prix. Engager leurs responsabilités à raison des faits de leurs préposés en les privant du droit de se disculper ne sera qu'une mesure dans le genre de la grande loi sociale du 9 avril 1898.

Toute autre est la situation des maîtres dans leurs rapports avec leurs domestiques, ainsi que celle des petits artisans et des petites entreprises pour qui l'assurance deviendra une charge manifestement lourde. Il serait suffisant, par compassion pour la victime, de leur imposer une présomption mais simplement réfragable et qui aura pour seul but de faciliter la preuve à la victime, qui d'après la règle commune de l'article 1382 n'a qu'à administrer une seule faute : celle du coupable. Lui demander la preuve d'une autre faute qui est des plus délicates à administrer serait par ailleurs injuste.

Il faut avouer aussi que ces propositions qui prétendent se défendre par des considérations rationnelles n'auront jamais d'écho dans la jurisprudence française, laquelle garde vis-à-vis des maîtres et commettants, l'attitude rigoureuse que nous avons eu l'occasion d'exposer à propos de la détermination de la fonction des domestiques et préposés.

Ne serait-il pas encore plus juste et plus raisonnable d'admettre que les solutions de l'article 1384 du Code civil se sont déjà bien infiltrées, au cours du siècle qui nous sépare de leur rédaction, non seulement dans l'esprit de la jurisprudence, mais aussi dans celui du public, à tel point qu'elles sont devenues de ces sortes de règles d'ordre public qui ne s'ébranleront jamais ? N'est-il pas vrai, comme le dit M. Saleilles (1) que « la raison d'ordre public est toujours une raison contingente, dépendant d'un certain état social et d'un certain état de

(1) *Op. cit.*, p. 408.

mœurs, qui peut s'atténuer ou disparaître, exister là et pas ailleurs? »

Cela dit, il ne nous reste qu'à faire quelques remarques sur les textes 831 C. civil allemand et 55 C. fédéral suisse des obligations.

L'article 831 allemand n'exige pas que le fait du préposé réunisse quant à lui les éléments d'un délit civil, pour engager la responsabilité du préposant. Tout ce qu'il exige, c'est que l'acte du préposé soit « contraire au droit », d'où cette conséquence que si l'auteur du fait se trouvait dans une situation juridique telle que l'acte réalisé par lui, même dommageable, fût justifié en droit, il n'y aurait de responsabilité pour personne (1).

Il va sans dire que le lien de préposition doit se présenter pour l'application de l'article 831 du Code civil allemand et l'article 55 du Code fédéral des obligations, ce qui se définit par le lien de dépendance d'une part et d'autorité d'autre part qui doit exister entre le préposé et le préposant (2).

De plus, la notion de fonction est admise d'une façon restrictive par les textes. Dans l'exécution de l'opération paraissent bien écartés les faits commis à l'occasion de cette exécution (3).

Quant à la preuve que le maître doit apporter pour se décharger, on trouve que le point capital consiste en ceci que le maître doit prouver qu'il a apporté, au point de vue de ce qu'il avait à fournir ou de la direction qui lui incombait le soin exigé dans les rapports d'usage. On entend par cela « non

(1) V. Le commentaire de l'article 831 dans la traduction de l'office de législation étrangère.

(2) Cf. SCHNEIDER et FICK, II, p. 155.

(3) V. pourtant, Virgile ROSSEL, *Manuel du dr. fédéral*, p. 122 ; SCHNEIDER et FICK, II, p. 154 et 155.

seulement ce qui se fait, mais ce qui devrait se faire, pour se conformer au bon fonctionnement de telle ou telle industrie, dans son adaptation au milieu où elle s'exerce ».

Le dernier alinéa de l'article 831 du Code civil allemand fait incombler la même responsabilité à celui qui se charge par contrat de pourvoir pour le maître à l'une des affaires mentionnées à l'alinéa 1^{er}, page 2. On envisage par là les directeurs et les surveillants qui remplacent le maître ou qui le représentent dans une ou plusieurs parties de ses fonctions. Mais cela ne veut pas dire que la responsabilité de ces personnes remplace celle du maître ; au contraire elle vient se juxtaposer à la responsabilité de celui-ci, ils auront autant que le maître la faculté de se disculper en fournissant les preuves dont parle l'article 831. Mais il faudra pour l'application du dernier alinéa de cet article que ces personnes remplacent le maître dans ses fonctions, par l'effet d'un contrat qui leur attribue ses fonctions. Par cela on exclut le gérant d'affaires à qui on applique le droit commun, c'est-à-dire la responsabilité d'après les fautes personnelles sans présomption aucune.

L'article 55 du Code fédéral des obligations nous parle du droit qu'a le maître de recourir contre son préposé pour se faire rembourser des dommages qu'il a été condamné à verser par le fait de celui-ci (1). Cette disposition est consacrée par l'article 840 du Code civil allemand.

(1) SCHNEIDER et FICK, II. p. 156; Virgile ROSSEL, p. 123.

CONCLUSION

Il nous a été assez difficile de soutenir la doctrine traditionnelle de la présomption irréfragable de faute comme fondement de la responsabilité des maîtres et des commettants. Cette présomption de faute, démunie du droit d'administrer la preuve contraire, aboutit, en effet, à poser une responsabilité objective.

Mais nous avons constaté, d'après les travaux préparatoires, que l'idée qui avait inspiré les rédacteurs du Code était un souci d'ordre public. Cet ordre public, basé sur une règle de moralité indéniable exige que la victime ne reste pas sans obtenir réparation du dommage quand la personne responsable qui est en face d'elle est insolvable. Toutes les fois qu'on pourra trouver une personne présumée solvable pour répondre de ces fautes, on ne devra pas hésiter à engager sa responsabilité pour combler cette injustice. Il s'agit seulement, pour justifier ce recours à cette personne plutôt qu'à une autre, de supposer une situation spéciale. Cette situation on la trouve dans le lien entre maître et domestique, commettant et préposé à cause du rapport de dépendance qui existe entre eux.

Comme nous admettons cette interprétation, nous n'avons pas pu suivre ceux qui adoptent la thèse d'une responsabilité basée sur l'idée de risque, d'après laquelle les maîtres et les commettants qui profitent de l'activité de leurs domestiques et préposés, laquelle s'ajoute à leurs activités propres, doivent, en revanche, supporter les déboires de la situation, qui se traduisent par l'obligation de répondre civilement des délits et quasi-délits de ceux-ci, dans l'exercice de leurs fonctions.

Nous n'avons pas pu les suivre, tout au moins parce que ce système, quand on l'applique logiquement, amène à des résultats qui ne semblent pas être ceux que l'article 1384, alinéa 3, voulait consacrer et que la jurisprudence n'applique guère. Une des conséquences directes du refus de l'idée de risque est d'admettre pour le commettant le droit de recours contre son préposé fautif, dans la mesure où la faute de celui-ci a été génératrice du dommage que le tiers a subi.

La présomption de faute qui se défendait mal, en ce qui concerne le fondement de la responsabilité, peut bien justifier le critérium dont se sert la jurisprudence pour déterminer le lien de préposition, critérium qui ne peut pas se réclamer de l'idée de risque.

Nous avons constaté que le lien de préposition, tel que le détermine la jurisprudence, est un lien de fait qui ne dépend pas d'un certain contrat, ni même de l'existence d'un contrat quelconque. Il se présente, il est vrai, à propos d'un contrat déterminé, celui du louage du travail, mais il serait inexact de le considérer comme l'ombre de ce contrat. Il peut bien résulter des contrats autres que celui de louage, et il peut aussi disparaître même en présence de ce contrat. Nous ne pouvons ici que renvoyer aux conclusions partielles que nous avons données, au fur et à mesure de cette étude.

Nous avons constaté que la restriction de la responsabilité des maîtres et commettants par la fonction, restriction qui aboutit, nous semble-t-il, à établir une balance égale entre la responsabilité des maîtres et commettants d'une part, et celle des pères et mères d'autre part, laquelle est moins rigoureuse mais plus vaste puisqu'elle comprend tous les actes fautifs de l'enfant, cette restriction n'a pas été appliquée par la jurisprudence d'une façon irréprochable. Se laissant aller à des comparaisons avec la notion du fait de travail dans la loi de 1898,

et compliquant en plus la responsabilité *délictuelle* des commettants, à raison des faits de leurs préposés, par leur responsabilité *directe*, d'une part, et *contractuelle* d'autre part, la jurisprudence aboutit à une extension abusive de la notion de fonction. Nous avons tâché de poser les limites rationnelles d'après le texte de l'article 1384, alinéa 3, et nous espérons que la comparaison que nous avons essayée avec la jurisprudence anglaise en cette matière ne sera pas sans utilité.

Mais au point de vue législatif on pourra reprocher à l'article 1384, alinéa 3, de donner une solution peu nuancée. Un dosage de la responsabilité, d'une part d'après l'importance des entreprises et le degré de gravité des risques qu'ils font subir aux tiers, et d'autre part d'après la force plus ou moins grande de l'initiative des préposés, aboutirait à des résultats à la fois plus justes et plus utiles.

Il est vrai que le dosage de ces responsabilités ne pourra pas se déterminer dans le texte toujours très concis d'un article du Code. Il serait plus prudent et plus technique de procéder par des lois spéciales qui entraîneraient franchement des dérogations à une règle de droit commun posé par le Code civil. Mais cette règle du droit commun serait loin d'être celle qui est comprise dans l'article 1384, alinéa 3. Celle-ci n'est que trop rigoureuse puisqu'elle énonce la responsabilité la plus absolue. Mieux vaut qu'elle se repose, au contraire, sur la faute avec une présomption tout au plus réfragable et, qui n'aura pour but que de faciliter une preuve qu'il est parfois très difficile d'administrer.

VU : *Le Président de la Thèse,*
HENRI LÉVY-ULLMANN.

VU : *Le Doyen,*
H. BERTHELEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,
Le Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Recteur, *l'Inspecteur de l'Académie,*
MAURELLET.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit Civil français*, 5^e édition, par M. E. Bartin, t. VI.
- BALLOT. — *Responsabilité des faits d'autrui*, *Revue pratique du Droit français*, t. II, p. 313.
- BARTIN. — *Cours de droit civil au Doctorat*, 1925-1926 : « *Les dispositions impératives* ».
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité théorique et pratique du Droit Civil*, 3^e édition, *Obligations*, t. IV.
- BEQUÉ. — *La Responsabilité contractuelle du fait d'autrui*, *Revue trimestrielle du Droit civil*, 1914, p. 251.
- BEUDANT et CAPITANT. — *Esquisse d'une théorie générale de la responsabilité civile*, *Annales de l'Université de Grenoble*, t. XVIII, p. 120.
- BONNET. — *Responsabilité délictuelle et contractuelle*, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1912, p. 419.
- BOUTAUD. — *Des Clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes*, Paris, 1896.
- BRETHE. — *La Responsabilité civile de l'amende pour les délits d'autrui*, *Revue Critique de législation et de jurisprudence*. Nouvelle série, 1916-1924, p. 297 et 378.
- BUFNOIR. — *Propriété et Contrat*, 2^e édition, Paris, 1921.
- CLERK et LINDSELL. — *The Law of Torts*, 1889, p. 43-72.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire du Droit Civil français*, t. II, 4^e édition, 1924.
- CUG. — *Manuel des Institutions Juridiques des romains*. Paris, 1917.
- DALLANT. — *La Notion du Préposé dans l'article 1384 du Code Civil*, thèse, Poitiers, 1927.
- DALLOZ. — *Répertoire alphabétique*, sous « *Responsabilité civile* », n^o 566 et suivants.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique du Code Civil*, t. V, 2^e édition, 1885.
- DEMARNE. — *La Responsabilité civile du Commettant*. Thèse, Paris, 1911.

DEMOGUE. — *Traité des Obligations en général (sources des Obligations, t. V)*, Paris, 1925.

Article à la *Revue trimestrielle du Droit Civil*, 1923.

Les notions fondamentales du Droit Privé, 1 vol., Paris, 1911.

Note au *Sirey*, 1924.1.106.

DEMOLOMBE. — *Cours du Code Napoléon*, t. XXXI, Paris, 1882.

ENCYCLOPÆDIA OF THE LAWS OF ENGLAND, v. *Master and Servant*, t. IX, p. 35.

ESMEIN (Paul). — *La Responsabilité civile, Revue Critique de législation et de jurisprudence*. Nouvelle série, 1916-24, p. 194.

Les Clauses de non-responsabilité, Revue trimestrielle de Droit Civil, 1926, p. 313.

FENET. — *Recueil des Travaux préparatoires du Code Civil*, t. XXIII, Paris, 1827-28.

FROMAGEOT. — *De la Faute comme source de la responsabilité en Droit privé*, Paris, 1891.

GÉNY. — *Risque et Responsabilité*, article dans la *Revue trimestrielle du Droit Civil*, 1902, p. 812.

GÉRARD. — *Les Torts ou Délits civils en Droit anglais*. Thèse, Rennes, 1910.

GIRARD. — *Manuel élémentaire du droit romain*, 7^e édition, Paris, 1924.

HALSBURY (Earl of). — *Laws of England*, v. *Master and Servant*, t. XX, p. 244.

HUGUENEY. — Article au *Sirey*, 1921.2.1.

HUC. — *Commentaire pratique et théorique du Droit Civil*, t. VIII, Paris, 1898.

IHERING. — *La Faute en Droit privé*, Paris, 1880, traduction de O. de Melenaere.

JENKS. — *Digeste de Droit Civil anglais*, 2^e édition, traduction par Théophile Baumann et P. Goulé, Paris, 1923.

JOSSERAND. — Notes au *Dalloz*, 1900.2.289 et 1905.2.417.

LALOU. — *La Responsabilité civile*, Paris, 1928.

LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des Obligations*, t. V, 1857.

LAURENT. — *Principes du Droit Civil français*, 3^e édition, t. XX, 1878.

LÉVY (Emmanuel). — *Responsabilité et Contrat, Revue Critique*, 1899, p. 361.

La Confiance légitime, Revue trimestrielle du Droit Civil (extrait), Paris, 1910.

- LÉVY-ULLMANN. — *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du Droit anglo-américain* (extrait du *Bulletin de la Société de législation comparée*, Paris, 1919).
Eléments d'introduction générale à l'étude des Sciences juridiques :
I. *La Définition du Droit*, 1917.
II. *Le Système juridique de l'Angleterre*, 1928.
- LOCRE. — *Législation Civile, Commerciale et Industrielle*, t. XIII, 1828.
- MONDET. — *Le Recours des personnes responsables du fait d'autrui*. Thèse, Bordeaux, 1897.
- PANDECTES BELGES. — *Sous Responsabilité civile des Maîtres et Commettants*, n° 1-519.
- PANDECTES FRANÇAIS. — *Répertoire alphabétique, sous-responsabilité civile*, n° 1025 et suivants.
- PERREAU. — *Clauses de non-responsabilité, Assurances des fautes et clauses pénales*, *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, 1902, p. 485.
- PIRMEZ. — *De la Responsabilité*; projet de révision des art. 1382-1386 du Code Civil soumis à la Commission de révision du Code Civil, Bruxelles, 1888.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire du Droit Civil*, t. II, 10^e édition.
Articles sur la responsabilité civile, *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, 1905, 1907, 1909.
Notes au *Dalloz*, 1907.2.17.
- POLLOCK (Sir Frederik), — *The law of Torts*, 3^e édition, p. 69-101.
- POPESCO-RAMNICEANO. — *De la Représentation*. Thèse, Paris, 1927.
- RENAUD. — *La Responsabilité des faits d'autrui en matière contractuelle*. Thèse, Paris, 1923.
- RIPERT. — *La Règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édition, Paris, 1927.
Article sur la Responsabilité civile, *Revue Critique*, 1911.
- ROSSEL (Virgile). — *Manuel du Droit fédéral des Obligations*, 2^e édition, Lausanne, 1905.
- ROUX. — Notes au *Sirey*, 1914.2.177.
1923.1.385.
- SAINCTELETTE. — *Responsabilité et Garantie*, Bruxelles et Paris, 1884.
- SALEILLES. — *Accidents de travail et Responsabilité civile*, Paris, 1897.
Etude de la Théorie générale de l'Obligation, d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire allemand, 3^e édition, Paris, 1925.

- SALMOND. — *Torts*, 5^e édition, 1920, p. 93-122.
- SAVATIER. — Notes au *Dalloz*, 1920.1.69.
1920.2.41.
1923.1.5.
1923.1.49.
1924.2.73.
- SCHNEIDER et FICK. — *Commentaire du Code fédéral des Obligations*, 2 vol., Neuchâtel, 1915-1916.
- SOURDAT. — *Traité général de la Responsabilité*, 2 vol., 6^e édition, Paris, 1911.
- STEPHENS. — *Commentaries on the Laws of England*, t. II, 19^e édition, p. 559-574.
- TEISSEIRE. — *Essai de Théorie Générale sur le fondement de l'idée de responsabilité*. Thèse, Aix, 1901.
- THOYOT. — *La Responsabilité des faits d'autrui*. Thèse, Paris, 1901.
- TRIANDAFIL. — *L'Idée de faute et l'idée de risque comme fondement de la responsabilité*. Thèse, Paris, 1914.
- VAN DEN DRIESCHE. — *De la fate de fonction du préposé, génératrice de la responsabilité civile du commettant*. Thèse, Lille, 1924.
- WILLEMS. — *Essai sur la Responsabilité éditée par les articles 1382-1386, Revue Générale de Droit*, 1896, p. 18, 229, 385.
- ZINGHER (M.). — *De la Responsabilité civile du commettant*. Thèse, Paris, 1923.
-

TABLE DES MATIERES

	Pages.
INTRODUCTION	I
AVANT-PROPOS	I
HISTOIRE DE L'ARTICLE 1384	6

PREMIERE PARTIE

Le fondement de la responsabilité du commettant et la notion du préposé.

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le fondement de la responsabilité</i>	19
Section I. — Position des principes et rapport de la notion responsabilité en général	19
Section II. — Le fondement de la responsabilité des com- mettants	41
Conclusion	48
Section III. — La responsabilité contractuelle du commettant	55
CHAPITRE II. — <i>La Notion du préposé</i>	66
Section I. — Position des principes et rapport de la notion de louage de service et d'industrie avec celle du préposé..	67
Section II. — Cas où l'existence même du rapport de prépo- sition est discutée	100
§. I. — Cas de louage des choses.....	100
§ II. — Le rapport mondain ou le rapport de complaisance	103
§ III. — Le rapport de préposition entre un non profes- sionnel et un spécialiste	107
Section III. — La difficulté dans l'attribution de la qualité de commettant	118
Section IV. — Le rapport entre la notion du mandat et celle du préposé	130

DEUXIEME PARTIE

**Les conditions de la responsabilité du commettant
et la notion de fonction.**

CHAPITRE UNIQUE. — <i>La notion de fonction comme restriction à la responsabilité du commettant</i> ..	150
Section I. — Le mouvement jurisprudentiel.....	150
Section II. — Discussion de la jurisprudence.....	161
Section III. — La responsabilité contractuelle et la notion de fonction	177

TROISIEME PARTIE

L'étendue de la responsabilité du commettant.

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'étendue de la responsabilité et le droit de recours</i>	185
CHAPITRE II. — <i>L'effet des clauses d'exonération sur la responsabilité du commettant</i>	195

QUATRIEME PARTIE

**La responsabilité du commettant
dans quelques législations étrangères.**

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le droit anglo-américain</i>	209
Section I. — Le fondement de la responsabilité et la notion de préposé	210
Section II. — La notion de fonction.....	222
Section III. — Exceptions relevant du « Common Law » et limites de ces exceptions.....	231
CHAPITRE II. — <i>Le droit allemand et le droit suisse</i>	237
CONCLUSION	247
BIBLIOGRAPHIE	251

